

EL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO JUSTIFICANTE DENTRO DEL SISTEMA DE LOS DERECHOS DE NECESIDAD*

*Michael Pawlik***

Resumen: la legítima defensa (§ 32 Código Penal alemán [StGB]) y el estado de necesidad agresivo (§ 34 Código Penal alemán) marcan las esquinas en el terreno de los derechos de necesidad jurídico-penales. Sin embargo, ellas no cubren de manera completa el campo de los posibles supuestos de colisión. En numerosos eventos el destinatario de la intromisión es competente por el conflicto, a pesar de que no se puede hablar de una “agresión antijurídica actual” en el sentido del § 32 Código Penal alemán. Dichas constelaciones son agrupadas bajo el título del estado de necesidad defensivo. El estado de necesidad defensivo fue “descubierto” como instituto jurídico apenas en 1968¹ y hasta la actualidad se encuentra a la sombra de sus dos grandes vecinos. El presente escrito integra, en primer lugar, el estado de necesidad defensivo en el sistema

* Título original: “Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte”, publicado en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 2003, pp. 12-24. Se publica con las autorizaciones respectivas. Traducción de HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ, LL.M. (Regensburg), doctorando en Derecho de la Universidad de Regensburg (Alemania). Hernan-Dario.Orozco-Lopez@stud.uni-regensburg.de. Fecha de recepción: 4 de febrero de 2013. Fecha de modificación: 3 de abril de 2013. Fecha de aceptación: 5 de julio de 2013. Para citar el artículo: MICHAEL PAWLIK. “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ (trad.), *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, No. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 13-29.

** Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo. michael.pawlik@jura.uni-freiburg.de

1 Fundamental, O. LAMPE, NJW 1968, pp. 88 y ss.

de los derechos de necesidad jurídico-penales; en especial se ocupa de su relación con la legítima defensa (I.). Sobre esta base se analizan posteriormente los principales supuestos de aplicación de dicha causal de justificación (II.).

Palabras clave: causales de justificación, legítima defensa, estado de necesidad agresivo, estado de necesidad defensivo, competencia, persona, sujeto, peligro antijurídico, peligro creado conforme a derecho.

THE QUASI-SELF-DEFENCE AS A TYPE OF DEFENCES

Abstract: Self-defence (Paragraph 32 German Criminal Code) and defence of necessity (Paragraph 34 German Criminal Code) represent opposite sides in legal defences. Nevertheless, both do not contemplate all collision events. In many cases, the person who possesses the source of danger is competent for the conflict though there is not a “current unlawful aggression” – according to Paragraph 32 German Criminal Code. This group of cases is known as Defence of Quasi-Self-Defence and scarcely was noted in 1968 as a legal doctrine. Somehow, it has been hidden by the shadow of its neighbors. Firstly, this article implicates the quasi-self-defence as a legal defence. *Particularly, it illustrates the relation* between the (defence of) quasi-self-defence and the Self-defence (I). Secondly, this paper analyzes the cases in which this defence is suitable (II.). **Keywords:** Justification, self-defence, defence of necessity, (defence of) quasi-self-defence, responsibility, person, subject, unlawfulness risk, created lawfulness risk.

I. PERSONA Y SUJETO; LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

1. La posición del estado de necesidad defensivo entre el estado de necesidad agresivo y la legítima defensa

Al igual que la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo justificante, el estado de necesidad defensivo ha sido objeto de una regulación legal; sin embargo, este último solo ha sido regulado de manera parcial y no precisamente en el Código Penal, sino en el § 228 Código Civil alemán [BGB]. La primera parte de dicho precepto determina lo siguiente: “El que deteriore o destruya una cosa ajena, para apartar de sí mismo o de un tercero un peligro que es ocasionado por dicha cosa, no actúa de manera contraria a derecho, siempre que el deterioro o la destrucción sean necesarios para apartar el peligro y el daño no sea desproporcionado frente al peligro”. Este precepto invierte el criterio de proporcionalidad establecido para el estado de necesidad agresivo: mientras que en los supuestos del estado de necesidad agresivo el derecho de intromisión está *fundamentado* en la preponderancia sustancial del interés salvaguardado frente

al interés lesionado, en los eventos del estado de necesidad defensivo cobijados por el § 228 Código Civil alemán el derecho de intromisión está *limitado* por la prohibición de una causación de daños desproporcionada. En esta medida, el estado de necesidad defensivo se encuentra mucho más cerca de la legítima defensa que del estado de necesidad agresivo².

No obstante, el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo se encuentran estrechamente vinculados desde un punto de vista valorativo. Esto se vuelve evidente tan pronto como se tiene en cuenta que, en comparación con el estado de necesidad agresivo, en el estado de necesidad defensivo la *persona del obligado solidariamente* es intercambiada: mientras que en el estado de necesidad agresivo se le exige al *destinatario de la intromisión* el sacrificio solidario de algunos de sus bienes jurídicos, en el caso del estado de necesidad defensivo la ley insta—por consideraciones de solidaridad—al propio *necesitado* a omitir una medida de defensa necesaria, siempre que ella ocasionara de manera desproporcionada más daños que beneficios³. Por ello, la inversión del criterio de proporcionalidad no significa un desplazamiento del nivel de solidaridad debido. Desde el punto de vista de aquel que, sin ser corresponsable por el surgimiento de la situación conflictiva, “tiene que renunciar a su derecho, los dos preceptos sobre la proporcionalidad [...] son absolutamente idénticos”⁴. Sin embargo, la constatación de esa simetría todavía no conduce a comprender su legitimidad sistemática. “Inocente” en el sentido que aquí interesa es por lo general también aquel que en ejercicio de la legítima defensa se defiende de una agresión antijurídica ¿Por qué su deber de consideración no es tan extenso como el deber del sujeto que actúa en estado de necesidad defensivo? Esta pregunta solo se puede responder de manera sistemáticamente satisfactoria si primero se analiza de manera sucinta la estructura de la legítima defensa.

2. El derecho de legítima defensa en el interior de un sistema de libertad puramente “negativa”

A finales del siglo XIX el liberal inglés J. F. STEPHEN le objetó al ideal de fraternidad de la Revolución Francesa lo siguiente: “The French way of loving the human race is the one of their many sins which it is most difficult to forgive. It is not love that one wants from the great mass of mankind, but respect and justice”⁵. El respeto que STEPHEN reclama se expresa en dejar intacta la esfera jurídica del otro. El concepto de libertad en el que se basa esa concepción es de naturaleza exclusivamente negativa: el potencial

2 NK-NEUMANN, § 34 nm. 86 (1997); KÖHLER, AT, 1997, p. 237.

3 KÖHLER, AT, p. 279; HAAS, Notwehr und Nothilfe, 1978, p. 215; RENZIKOWSKI, Notstand und Notwehr, 1994, p. 195.

4 LÖFFLER, ZStW 21 (1901), p. 578.

5 STEPHEN. *Liberty, Equality, Fraternity*, Indianápolis, 1993, p. 164.

de acción, que se deriva para cada uno de la titularidad sobre sus bienes jurídicos, no puede ser menoscabado por los demás de una manera objetivamente imputable a ellos mismos⁶. Imagínese un ordenamiento jurídico-penal que proteja exclusivamente esa libertad “negativa”. ¿Cómo se vería en el interior de dicho sistema el derecho de defensa de aquel que corre el riesgo de ser perjudicado en el ejercicio de dicha libertad por el comportamiento de otro?

Un derecho de defensa de esa naturaleza únicamente tendría que guiarse por el deseo de mantener intacta la esfera jurídica del amenazado. Por eso no se requeriría, *en primer lugar*, aquella agudización temporal de la situación que caracteriza a una *agresión actual*; para desencadenar el derecho de defensa bastaría más bien que la persona puesta en peligro tenga que actuar *ahora* para evitar el *futuro* menoscabo de su esfera jurídica. Los supuestos reunidos actualmente bajo el criterio de la “*legítima defensa preventiva*” también facultarían para ejercitar el derecho de defensa en su totalidad. *En segundo lugar*, la facultad de defensa no estaría restringida necesariamente a creaciones de peligros *antijurídicas*. Por el contrario, la facultad de defensa también podría fundarse en peligros creados *conforme a derecho*, siempre que estos le fuesen imputables objetivamente al titular del objeto peligroso, de conformidad con la semántica de la división de competencias existente en la respectiva sociedad. Finalmente, y *en tercer lugar*, dicho derecho de defensa solo estaría limitado en cuanto a su alcance por el criterio de la *necesidad*⁷. Puesto que el único fundamento de la facultad de defensa sería la conservación del potencial de acción que le corresponde a aquel que es puesto en peligro, no habría lugar para *juicios de proporcionalidad*.

3. El derecho de legítima defensa en la actualidad

a) “Persona” y “sujeto” como titulares de diferentes sistemas de imputación

El derecho de legítima defensa de la actualidad difiere en múltiples aspectos de ese modelo. El § 32 Código Penal alemán no se contenta con una puesta en peligro actual, sino que exige una agresión actual. Adicionalmente la agresión debe ser antijurídica. Según la doctrina mayoritaria, el derecho de defensa está sujeto a limitaciones específicas en los eventos de ataques bagatela así como en los casos de una “desproporción crasa”⁸. El derecho de legítima defensa modificado en esa medida también se encuentra restringido a agresiones culpables. En lo que a ello respecta, se trata en gran parte de

6 Al respecto, PAWLIK. *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 14 y ss.

7 Ello corresponde a la posición de KANT, quien basa su concepto de derecho en el modelo de la libertad puramente negativa; al respecto, PAWLIK. *ZStW* 114, 2002, pp. 266 y ss.

8 SK-GÜNTHER, 7ª ed., 2000, § 32 nm. 110 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, StGB, 26 ed., 2001, § 32 nm. 49 y ss.; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, pp. 12-46 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, § 32 III 3 b; KÖHLER, AT, pp. 270 y ss.; KÜHL, AT, 3ª ed., 2000, § 7 nm. 171 y ss.; OTTO, AT, 6ª ed., 2000, § 8 nm. 96 y s.; ROXIN, AT I, 3. ed., 1997, § 15 nm. 73 y ss.

una cuestión terminológica, si se concibe la defensa frente a ataques de personas inculpables como un supuesto de un derecho de legítima defensa restringido nuevamente⁹ o si se analizan dichos eventos de la mano del estado de necesidad defensivo¹⁰. ¿Cuáles son las *consideraciones sistemáticas* en las que se basan las modificaciones –a primera vista extremadamente diversas– del “tipo ideal” del derecho de defensa desarrollado anteriormente? La restricción a agresiones *antijurídicas* concentra la legítima defensa en el tipo básico de la competencia por la libertad “negativa” de los otros, el cual *está relacionado conceptualmente* con la noción de un derecho subjetivo. Dicho con las palabras de KANT: “[...] al derecho está unida a la vez, según el principio de contradicción, la facultad de coaccionar a quien lo lesiona”¹¹. Las restantes características de la actual regulación de la legítima defensa tienen por el contrario en común que *complementan* de manera específica la concepción puramente negativa de la libertad jurídica, esto es, que la “materializan”. Esta tesis necesita una explicación un poco más detallada.

Como se ha expuesto más arriba, la libertad exclusivamente negativa protege un potencial de acción abstracto. Por ello el respeto de las fronteras de la propia esfera jurídica aparece, ante ese trasfondo, en cierto modo como una finalidad en sí misma. Los elementos complementarios del modelo básico acabados de mencionar toman en cuenta, por el contrario, que los bienes jurídicos son los representantes de planes de vida concretos y que al enfrentamiento alrededor de bienes jurídicos específicos le es inherente por lo general un significado en cierto modo mucho más amplio: no se trata solamente de una disputa sobre el menoscabo o el mantenimiento de un *haz abstracto de posibilidades de comportamiento*, sino también sobre el valor de los *proyectos de vida concretos que colisionan*. Es recomendable entonces expresar también terminológicamente la diferencia entre el modelo básico y sus elementos complementarios. Los actores en el interior de un sistema de libertad puramente negativa son denominados aquí como *personas*; ellos aparecen exclusivamente como portadores de derechos y deberes abstractos¹². Los actores en el sistema complementario –de su comprensión conceptual se trata en este momento– son denominados, por el contrario, como *sujetos*: ellos aparecen como individuos que *dirigen* su vida; en ese sentido, (ellos) se conciben como lo que subyace a sus respectivas acciones particulares y sus condiciones reales,

9 En este sentido, SK-GÜNTHER, § 32 nm. 119 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, § 32 nm. 52; JESCHECK/WEIGEND, AT, § 32 III 3 a; KÖHLER, AT, p. 268; ROXIN, AT 1, § 15 nm. 57.

10 Así, FREUND, AT, 1998, § 3 nm. 98; HRUSCHKA, Strafrecht, 2ª ed., 1988, pp. 141 y ss.; JAKOBS, AT, 12/18; OTTO, AT, § 8 nm. 21; SCHMIDHÄUSER, AT, 2ª ed., 1975, 6/51, 65, 75; LESCH, NOTWEHRRECHT und BERATUNGSSCHUTZ, 2000, pp. 39 y ss.; LUDWIG, “Gegenwärtiger Angriff”, “drohende” und “gegenwärtige Gefahr” im Notwehr- und Notstandsrecht, 1991, pp. 110 y ss.; RENZIOWSKI (nota 3), pp. 99, 301; FRISTER, GA 1988, p. 304.

11 KANT, *Metaphysik der Sitten*, Ed. Weischedel, Bd. 7, 1983, p. 339.

12 Con ello se recurre al concepto jurídico clásico de “persona”; cfr. HOFFMEISTER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 1998, Art. Person, p. 490; SCHISCHKOFF, *Philosophisches Wörterbuch*, 22ª ed., 1991, Art. Person, p. 549.

es decir, a lo que comúnmente se denomina bienes jurídicos¹³. Quienquiera describir de manera adecuada el comportamiento de los sujetos, no se puede limitar entonces a constatar que ellos atacan o defienden potenciales de acción. En la medida que hacen eso, ellos toman posición respecto de propósitos ajenos, arriesgando o defendiendo las condiciones reales de su propia conducción de vida.

b) *Consecuencias para la comprensión de la regulación de la legítima defensa*

Utilizando esa terminología, se puede expresar de la siguiente forma la afirmación precedente de la raíz sistemática común de las características del actual derecho de legítima defensa: esas características se explican porque las partes del conflicto son vistas no solamente como personas, sino también como sujetos. En la medida que la dogmática de la legítima defensa anuda la facultad para ejercitar la legítima defensa en su totalidad únicamente a un comportamiento *antijurídico y culpable*, ella tiene en cuenta el hecho de que al comportamiento antijurídico de un autor, que se identifica como sujeto de sus acciones de manera total con su comportamiento, le corresponde un específico carácter de irrespeto de los intereses ajenos¹⁴. Este va mucho más allá de un mero menoscabo objetivamente antijurídico de un potencial de acción ajeno: aquel que actúa de manera culpable le niega a su víctima el derecho de poder ser sujeto de su propio plan de vida. En aquellos eventos en los que el comportamiento antijurídico y culpable se ha agudizado hasta llegar al punto de una *agresión actual*, el autor emite en el presente la respectiva declaración de irrespeto de la posición jurídica ajena; el creador de un peligro actual, por el contrario, la anuncia únicamente para el futuro. Una *agresión antijurídica y culpable* –la situación básica de la legítima defensa– se caracteriza por lo tanto por el hecho de que al autor se le puede imputar de forma absoluta la perturbación de la esfera jurídica ajena como *persona* y también como *sujeto*.

¿Cómo se explican entonces las limitaciones a la legítima defensa en los eventos de desproporción crasa y en los supuestos de ataques bagatela? Ellas se basan igualmente en aspectos que se refieren a la condición de sujeto: además del criterio según el cual el agredido puede defender su potencial de libertad abstracto, no deberían pasar del todo desapercibidas las concretas repercusiones de la pérdida de bienes sobre la vida futura de la contraparte. Sin embargo, de conformidad con lo expuesto anteriormente, esa limitación definitivamente no se entiende por sí misma. ¿Por qué alguien, que a través de una *agresión culpable* le niega a su contraparte su estatus de sujeto, debería poder invocar por su parte sus intereses como sujeto? Si se observa solamente la aguda situación de conflicto como tal, ello no podría ser fundamentado de manera satisfactoria. Al agresor se le concede en estos casos más bien una especie de premio por su

13 Con ello se recurre al significado original de “sujeto”; cfr. HOFFMEISTER (nota 12), Art. Subjekt, p. 637; SCHISCHKOFF (nota 12), Art. Subjekt, p. 703.

14 De manera más detallada, PAWLIK (nota 6), p. 307.

supuesta fidelidad jurídica en el pasado y, en cierto modo, un anticipo por el comportamiento conforme a derecho que se espera de él en el futuro¹⁵. Que premio y anticipo solamente entren en consideración en pocos eventos, esto es, que estén restringidos en esencia a supuestos de desproporción crasa, no es sorprendente ante este trasfondo sistemático: su concesión no encuentra suficiente soporte en el comportamiento *actual* del agresor y acontece entonces de manera estrictamente *contrafáctica*. No obstante, a través de ello se demuestra que el agresor sigue perteneciendo a una institución, a una comunidad de ciudadanos. Esa institución, a diferencia de cada conflicto específico como tal, no se agota en el presente, sino que vincula pasado, presente y futuro, y le atribuye a *cada* sujeto –incluso a aquel que no ofrece en la actualidad ningún soporte para ello– la voluntad de comportarse en principio de manera legal¹⁶.

II. CONSTELACIONES DEL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO

1. Defensa de peligros antijurídicos

¿Qué implica esto para aquel, cuya competencia *personal* corresponde a la del agresor en el sentido del § 32 Código Penal alemán, a pesar de que no se ha desautorizado como *sujeto* o al menos no en una forma tan evidente como este? Él puede esperar de manera consecuente una mayor consideración de sus intereses subjetivos. Esta expectativa es tenida en cuenta por la cláusula de proporcionalidad del § 228 Código Civil alemán: mientras que a quien se defiende en los eventos cobijados por el § 32 Código Penal alemán le está *permitido*, de ser necesario, destruir mucho más de lo que salva, a quien actúa en estado de necesidad defensivo le está *prohibido* ocasionar un daño que sea desproporcionado frente al peligro. La preocupación por el futuro del creador del peligro –que se manifiesta en dicha cláusula– representa, no obstante, un *interés de la generalidad*; quien es puesto en peligro no tendría que interesarse por ese aspecto en su rol básico como *persona*. Aquel, a quien se le limita su facultad de defensa a favor de la realización de ese interés de conformidad con la cláusula de proporcionalidad del § 228 Código Civil alemán, realiza por lo tanto un sacrificio por la generalidad y podría exigir de ella que se le garantice su derecho a una indemnización¹⁷.

15 Sobre los intentos de fundamentación habituales (falta del “interés de preservación del derecho”, principio del “abuso del derecho”) informa KÜHL, AT, § 7 nm. 171 y ss.

16 Ante ese trasfondo sistemático es difícil de fundamentar que aquel que contradice el mandato de inclusión prescrito por el ordenamiento jurídico, toda vez que ha rebasado los límites de la legítima defensa, debe responder por un delito de lesión; su injusto es comparable más bien con el injusto del autor de una omisión de socorro (similar KRAITZSCH, JuS 1975, p. 440).

17 Respecto del deber de sacrificio del destinatario de la intromisión en los eventos del estado de necesidad agresivo de manera detallada, PAWLIK (nota 6), pp. 109 y ss., 122 y ss.

a) *Casos específicos*

¿En qué eventos puede el destinatario de la intromisión ser distanciado del conflicto como sujeto, a pesar de ostentar una competencia personal absoluta similar a la que se presenta en los casos de la legítima defensa?

aa) *Casos básicos del § 228 Código Civil alemán*: en primer lugar se deben nombrar los eventos en los que el comportamiento objetivamente contrario a deber tiene lugar en la fase previa a la aguda situación conflictiva y está constituido de tal forma que no puede ser interpretado como una negación de la condición de sujeto de la futura contraparte. Ejemplo: H es propietario de un perro de raza (valor: 1.000 euros) que debido a su agresividad permanece encerrado en una perrera. Un día H deja, por descuido, la puerta abierta. El perro no desaprovecha esta oportunidad: se escapa y se lanza sobre una figura de porcelana (valor: 500 euros) que se encuentra en la terraza de la casa vecina. El propietario de la obra de arte en peligro (P) solo puede salvarla en la medida que le dispare al perro con su pistola de aire comprimido y lo lesione de forma grave. Este es un supuesto de aplicación del § 228 Código Civil alemán que no presenta ningún tipo de problemas. Su cláusula de proporcionalidad –invertida en relación con el § 34 Código Penal alemán– regula esas constelaciones de casos de manera sistemáticamente adecuada: el tratamiento privilegiado que dicha cláusula le da a H en comparación con un agresor en el sentido del § 32 Código Penal alemán se legitima porque H, a pesar de que tiene que responder como *persona* por su descuido, como *sujeto* desea perseverar en el reconocimiento que les debe a los demás. Formulado de manera coloquial, él ha “sufrido una equivocación” y no buscaba expresar a través de su comportamiento un desprecio por los bienes de otros.

bb) *Supuestos de la legítima defensa preventiva*: lo mismo rige en relación con quien no llega a pasar de su anuncio “¡yo *quebrantaré* la norma existente a favor de la víctima!” a la declaración “¡yo *quebranto* esa norma de manera actual!”; la defensa en su contra se lleva a cabo en un momento, en el cual él “apenas” pone en peligro a su víctima. Esta es la situación de la *legítima defensa preventiva*¹⁸. De manera ejemplificativa se puede remitir al conocido *caso del voyeur*¹⁹: luego de una “visita” en la alcoba del afectado, el *voyeur* V está a punto de huir; sin embargo, según las previsiones, él aparecerá nuevamente en pocos días. Para impedirle una futura incursión, tiene que ser detenido en el *instante actual* (lo cual solo podía ser alcanzado en el caso concreto

18 Los siguientes autores se declaran a favor del tratamiento de la legítima defensa preventiva de la mano de las reglas sobre el estado de necesidad defensivo: LK-HIRSCH, 11ª ed., 1994, § 34 nm. 73; LK-HIRSCH, JR, 1980, pp. 115 y ss.; NK-NEUMANN, § 34 nm. 88 y s.; SK-GÜNTHER, § 32 nm. 74, § 34 nm. 20; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, § 34 nm. 30 y s.; JAKOBS, AT, 12/27; JESCHECK/WEIGEND, AT, § 33 V 5; KÜHL, AT, § 8 nm. 135. ROXIN sugiere tener cautelas al respecto (ROXIN, AT 1, § 16 nm. 74; ROXIN, FS Jescheck, 1985, Bd. 1, pp. 478 y ss.).

19 BGH NJW 1979, p. 2053 con comentarios de HIRSCH, JR 1980, pp. 115 y ss., y de HRUSCHKA, NJW 1980, pp. 21 y ss., así como con una reseña de SCHROEDER, JuS 1980, pp. 336 y ss.

a través de un disparo en su trasero). La legítima defensa preventiva atiende de forma especialmente rigurosa a la perspectiva de la *persona puesta en peligro*, a su necesidad de protección; allí radica su peculiaridad y al mismo tiempo el problema específico de su legitimación teórica. Esa unilateralidad es compensada, en cierto grado, al hacer valer a favor del creador del peligro la posibilidad de distanciarlo como *sujeto* de la intromisión que amenaza la esfera jurídica ajena. Con otras palabras: el creador del peligro saca provecho en los supuestos de la legítima defensa preventiva del hecho de que a él no se le da la oportunidad de mostrar que en realidad llevaría a cabo su anuncio de un irrespeto de la posición jurídica ajena.

cc) *Agresiones antijurídicas, pero inculpables*: un tratamiento privilegiado frente a la regulación del § 32 Código Penal alemán merece también el autor que ataca de forma *no culpable* porque es, por mencionar un ejemplo, un enfermo mental. Dicho autor no puede ser identificado como sujeto con la agresión que le es imputable personalmente; por lo tanto no expresa, como tampoco lo hace aquel que es repelido en la fase previa a la agresión, un agudo desconocimiento del agredido. En tanto el creador del peligro no esté en permanente capacidad de configurar independientemente su vida, la consideración de sus intereses futuros no puede ser entendida en sentido estricto como un reconocimiento de su posición como sujeto, pues él no posee precisamente la calidad de sujeto. El tratamiento preferente que este recibe muestra por lo tanto un momento del “como si”; a través de ello se demuestra que el estatus de miembro integral de la sociedad civil requiere de manera típica, pero no de forma necesaria, la calidad de sujeto. Al final la situación de la agresión no culpable es comparable con las constelaciones analizadas anteriormente. Por lo tanto, también se debe aplicar la cláusula de proporcionalidad del § 228 Código Civil alemán en estos eventos²⁰. De manera equivocada, ROXIN critica que se tome como base dicho precepto, puesto que –según él– no se puede tratar a los seres humanos como se tratan las cosas²¹. Que el hecho de ser humano como tal no otorga un derecho a un tratamiento más indulgente queda en evidencia cuando se tiene en cuenta que contra seres humanos *responsables* se puede proceder de manera aún más violenta que contra cosas; la facultad de intromisión del § 32 Código Penal alemán va más allá que aquella del § 228 Código Civil alemán. La frontera relevante no transcurre entonces entre seres humanos y cosas, sino que separa los peligros que manifiestan al mismo tiempo un irrespeto de la posición del sujeto puesto en peligro, de aquellos peligros que no manifiestan dicho irrespeto.

20 Asimismo los autores mencionados en la nota 10. Pero también numerosos representantes de la tesis contraria (nota 9) reconocen que en estos eventos la limitación de la facultad regular para ejercitar el derecho de defensa se tendría que llevar a cabo de la mano de los criterios que rigen para el estado de necesidad defensivo (SK-GÜNTHER, § 32 nm. 119; KÖHLER, AT, p. 268; STRATENWERTH, AT, 4ª ed., § 9 nm. 82; SCHUMANN, JuS 1979, p. 565).

21 ROXIN, AT 1, § 16 nm. 67; ROXIN, FS Jescheck, pp. 466 y ss.

b) *Límites del ámbito de aplicación de la cláusula de proporcionalidad*

El creador del peligro no puede confiar en todos los eventos en la protección otorgada por la cláusula de proporcionalidad contenida en el § 228 Código Civil alemán. Esto se puede observar claramente mediante una comparación con los casos del *estado de necesidad agresivo*. En esos eventos el deber de sacrificio del destinatario de la intromisión está limitado no solo de manera *relativa*, es decir, con relación a los intereses de su contrayente, sino también de forma *absoluta*: no es posible imponer al destinatario de la intromisión un sacrificio de determinada importancia, por ejemplo una lesión corporal de mediana gravedad o simplemente una extracción de sangre realizada a la fuerza, aun cuando a través de ello se pudiese salvar la vida de otro ser humano²². Esa limitación se basa en un concepto jurídico que se puede formular –acudiendo a la terminología que ha sido desarrollada entretanto– de la siguiente manera: a una persona, que no es competente por la situación de necesidad de otra persona, no le puede ser impuesto a favor de esta última algo que un tercero objetivo consideraría como una modificación de una parte esencial de su plan de vida²³.

Ese límite absoluto también debe regir –aunque inversamente– para las facultades de defensa en los eventos de la *legítima defensa* y del *estado de necesidad defensivo*: mientras que en el caso del estado de necesidad agresivo el *destinatario de la intromisión* no tiene nada que ver con la génesis del conflicto, en estos eventos es la *persona puesta en peligro*, la que es ajena al surgimiento del conflicto. Por lo tanto, esta última no tiene en ningún caso el deber de tolerar una ruptura biográfica por cuestiones de solidaridad con el creador del peligro. El siguiente ejemplo puede ilustrar lo dicho: en la noche siguiente a la culminación de *La montaña mágica*, THOMAS MANN pasea orgulloso con el manuscrito por el Jardín Inglés de Múnich. De repente un malhechor se precipita sobre él y da muestras de querer arrebatarle el manuscrito y destruirlo. THOMAS MANN solamente puede impedirlo si lo golpea con el legajo hasta causarle la muerte. Él actúa de manera justificada, y ello independientemente de si el malhechor se comportó culpablemente o no. Esto no es un problema de una –comoquiera que esté estructurada– cláusula de proporcionalidad; sucede más bien que THOMAS MANN, quien “no tiene la culpa” del conflicto, no está obligado desde el principio a sacrificar a favor de otro el trabajo de doce “años pecaminosos” (THOMAS MANN). Dicho brevemente: la cláusula de proporcionalidad del § 228 Código Civil alemán solamente es aplicable, como *cualquier* cláusula de proporcionalidad, fuera del ámbito de pérdidas biográficas drásticas.

22 Al respecto, en detalle PAWLIK (nota 6), pp. 244 y ss.

23 Por supuesto ello puede ser diferente en caso de que el sujeto competente ostente no solo el rol de persona, sino también un deber institucional especial (por ejemplo, si es un servidor público o un pariente cercano).

2. ¿Defensa de peligros creados conforme a derecho en virtud del estado de necesidad defensivo?

a) *Competencia especial personal a pesar de organizar conforme a derecho la propia esfera jurídica*

La regulación de la legítima defensa solo se ocupa de creaciones de peligros *antijurídicas* que se han agudizado hasta alcanzar el punto de agresiones actuales; las constelaciones del estado de necesidad defensivo analizadas hasta el momento coinciden con ella en ese aspecto. Como se mencionó más arriba, el ámbito de aplicación potencial de la competencia personal es, sin embargo, más extenso: el modelo de libertad exclusivamente negativa también posibilita fundamentar una facultad de defensa frente a aquellos peligros que emanan de la organización *conforme a derecho* del destinatario de la intromisión. Dichos peligros amenazan con recortar las posibilidades que tiene la persona puesta en peligro de disponer de los bienes que le corresponden conforme a derecho en la misma medida que lo hacen los riesgos creados antijurídicamente. A diferencia de la facultad de defensa frente a peligros antijurídicos, que según KANT se encuentra vinculada analíticamente, esto es, de forma conceptualmente necesaria, con el derecho subjetivo amenazado²⁴, la competencia por peligros creados conforme a derecho trae consigo la sombra de lo contingente: una semántica jurídica *puede* preverla, pero no *tiene* que hacerlo necesariamente.

De manera ejemplificativa se puede analizar la siguiente variante del caso planteado al comienzo: el perro se escapa de la perrera *sin que* su propietario H haya lesionado deber alguno; inmediatamente el perro se abalanza sobre la figura de porcelana. A primera vista parece ser evidente la aplicación de las reglas del estado de necesidad defensivo (también) en este caso específico: la obra de arte no corre peligro desde un punto de vista valorativo porque su propietario P la ubicó en su terraza y de esta forma se la presentó como botín al perro; por el contrario, es el perro que se ha escapado el que amenaza la figura de porcelana. Aquí vale, como por lo general, que la aplicación de los derechos de necesidad *presupone* una semántica social que regule a cuáles factores debe ser imputado un evento que amenaza con producir ciertos daños. Sin criterios de esa naturaleza carecería de sentido la concepción aquí defendida de las esferas jurídicas y de la prohibición de perturbarlas. Aun cuando en el presente caso el perro pueda ser identificado –de conformidad con dichos criterios– como la causa del peligro, eso todavía no significa la inmediata llegada a los predios del estado de necesidad defensivo. Las relaciones jurídicas no son relaciones entre personas y cosas, sino –en el plano “interpersonal” que aquí interesa– entre dos personas. Por lo tanto, para la aplicación de las reglas del estado de necesidad defensivo es de vital importancia formular las condiciones jurídicas bajo las cuales se le puede imputar a la *persona del destinatario de la intromisión* el peligro que emana de su bien. La pregunta es, por lo tanto, si es

24 Al respecto, de forma detallada PAWLIK, ZStW 114 (2002), pp. 267 y ss.

posible una imputación de esa naturaleza, a pesar de que el destinatario de la intromisión no ha organizado su esfera jurídica de manera contraria a deber.

HOYER responde de forma negativa dicha pregunta: “Quien ha acatado los mandatos del ordenamiento jurídico en su totalidad merece también la completa protección de dicho ordenamiento”²⁵. Para el presente caso esa concepción tendría como consecuencia que P, al defenderse del perro, tendría que guiarse por las reglas del *estado de necesidad agresivo*. La posición de HOYER genera consecuencias sumamente dudosas. Esto se puede ilustrar de la mano de una nueva modificación del caso planteado anteriormente: mientras la figura de porcelana se tambalea debido al ataque del perro y amenaza con caerse al piso y romperse en mil pedazos, aparece el propietario del perro (H). ¿En qué medida está él obligado a intervenir teniendo en cuenta el *deber de aseguramiento* que ostenta? HOYER solamente podría reconocer una obligación de esa naturaleza en el estrecho marco que es trazado por los criterios del estado de necesidad agresivo. Desde un punto de vista sistemático es difícilmente plausible que el alcance del deber de sacrificio de H deba depender de una circunstancia absolutamente casual, esto es, de si él mismo está presente en el lugar de los hechos y puede intervenir personalmente o de si otra persona debe encargarse de la defensa del peligro que emana de sus bienes. Si bien una concepción tan restrictiva de la competencia personal es posible conceptualmente, en lo que se refiere al contenido es poco convincente. Allí se descuida el hecho de que la relación del propietario con sus bienes es mucho más estrecha que aquella que puede tener una persona ajena cualquiera. Como muestra el § 903 Código Civil alemán de manera ejemplar, la libertad de organización jurídica comprende no solo el derecho al uso y disfrute de los bienes, sino también (y no menos relevante) el derecho de excluir a otras personas. Esta última facultad decide sobre la repartición básica de poder jurídico *en la fase previa* a conflictos agudos: el titular de una esfera jurídica puede prohibir intromisiones de otras personas. Ellas no tienen especialmente el derecho de *controlar* arbitrariamente si la esfera jurídica de aquel se encuentra en un estado no peligroso. El reverso de la facultad de exclusión del titular de la esfera jurídica es su competencia personal para “neutralizar” los peligros que emanan de sus bienes, incluso en aquellos eventos en los que no se le puede imputar una organización contraria a deber de su esfera jurídica. Este resultado no está limitado a bienes como el perro de los ejemplos anteriores, a los cuales el derecho anuda desde el principio la presunción de una peligrosidad *elevada*. Lo dicho con anterioridad es válido también para aquellos casos en los que un peligro *ubicuitario* amenaza con realizarse. Ejemplo: si un árbol que me pertenece ha sido debilitado por una tempestad y pone ahora en peligro a mis vecinos, debo apuntalarlo o talarlo, independientemente de que con anterioridad yo haya cumplido a cabalidad con mi deber de vigilancia. Esa competencia representa en cierto modo el precio que yo debo pagar por la libertad *general* de configurar mi propio mundo y por el derecho de excluir a los demás²⁶.

25 HOYER, JuS 1988, p. 95.

26 JAKOBS, AT 29/31; JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, p. 21.

b) *Consecuencias para el ámbito del estado de necesidad defensivo*

La competencia de “neutralización” del titular del bien repercute –de conformidad con los razonamientos anteriores– de la misma manera en el ámbito de las posiciones de garante y en el ámbito del estado de necesidad defensivo. En caso de que el titular mismo sea competente de sacrificar un bien, por ejemplo de neutralizar a su perro o de talar el árbol inestable, el bien pertenece tan solo de forma restringida a los elementos existenciales de su libertad de acción garantizada jurídicamente²⁷. Dicho individuo puede exigir en su rol de ciudadano que una eventual “neutralización” del peligro por parte de terceros se realice preferentemente a través de los procedimientos establecidos para ello (esto es, generalmente por parte de las autoridades de orden público y las autoridades de policía) y solo de manera subsidiaria por parte de particulares²⁸, así como también observando de forma general el principio de proporcionalidad. No obstante, su bien peligroso no representa su libertad como persona en un sentido neutral, tal y como sucede con los bienes del obligado en los eventos del estado de necesidad agresivo. Formulado de manera más abstracta, el resultado de estos razonamientos reza así: como punto de referencia para comportamientos realizados en estado de necesidad defensivo también entran en consideración los peligros –imputables a la propia organización del destinatario de la intromisión– que emanan de su esfera jurídica organizada conforme a derecho²⁹. A diferencia de los delitos de omisión, en los eventos aquí analizados no se trata de fundamentar un *deber* de intervención de la persona competente, sino de otorgarles a otras personas un *derecho* de intervención; por tal motivo no es determinante si a la persona competente le es *posible* actuar en la concreta situación de peligro. Decisivo es más bien que el respectivo potencial de peligro se le pueda imputar a su esfera de organización, de tal caso que dicha persona –*suponiendo* que pueda intervenir– *tendría* que actuar para neutralizar ese potencial de peligro³⁰.

En los casos del perro que se escapa y del árbol inestable se cumple este requisito. En cambio, el peligro no le es imputable al destinatario de la intromisión en caso de que otras personas abusen de forma antijurídica de la esfera de organización de aquel, sin

27 La caracterización de los bienes jurídicos como “elementos existenciales de la libertad” proviene de ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 165.

28 La prioridad de los mecanismos institucionalizados de solución de conflictos también rige en los eventos del estado de necesidad defensivo (JAKOBS, AT, 13/47; PAWLIK [nota 6], pp. 314 y ss.).

29 Ello corresponde a la posición de la doctrina mayoritaria: LK-HIRSCH, § 34 nm. 73; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, § 34 nm. 31; JESCHECK/WEIGEND, AT, § 33 IV 5; KÜHL, AT, § 8 nm. 141; ROXIN, AT 1, § 16 nm. 64, 68 y s.; ROXIN, FS Jescheck, p. 473; FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*, 1979, pp. 148, 176; HAAS (nota 3), p. 213; OTTE, *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, 1998, p. 161; RENZIOWSKI (nota 3), p. 180; THIEL, *Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*, 2000, pp. 193 y ss.

30 JAKOBS, AT, 13/47; PFEFFER, *Durchführung von HIV-Tests ohne den Willen des Betroffenen*, 1989, p. 129.

que él haya dado un motivo normativamente relevante para ello. Ejemplo³¹: dos “mocosos” de 19 años (A y B) penetran en el predio de E y desde allí lanzan peligrosos cohetes pirotécnicos sobre los transeúntes. E no interviene, a pesar de que él estaría –gracias a su gran fuerza corporal– en capacidad de impedir la actuación de A y B. En el comportamiento de los dos “mocosos” no se manifiesta una peligrosidad específica de la esfera de organización de E, sino que se expresa la propia configuración antijurídica del mundo por parte de A y B. El peligro que de allí resulta es por lo tanto responsabilidad exclusiva de ellos dos. En caso de que también se tenga que intervenir en los bienes de E para rechazar el peligro, se debe acudir entonces a las reglas del estado de necesidad agresivo.

Por lo tanto, y de acuerdo con los requisitos acabados de desarrollar, también debe soportar intromisiones llevadas a cabo en estado de necesidad defensivo aquel que ha mantenido en orden su esfera jurídica: como *persona*, él es competente de los peligros que emanan de su esfera de organización, a pesar de que como *sujeto* puede ser distanciado de ellos. En su estructura normativa básica el presente grupo de casos no se diferencia de las constelaciones tratadas anteriormente. La consecuencia de ello es que los criterios con los que se determina en estos casos el alcance del deber de tolerancia se parecen a aquellos que fueron analizados con anterioridad³². A favor del necesitado repercute también en estos eventos la premisa desarrollada más arriba: aquel que no es competente personalmente por el conflicto, no se tiene que dejar imponer por parte de su contraparte, quien sí es competente personalmente, una modificación esencial de su plan de vida. Cuando a la persona puesta en peligro la amenaza una pérdida de esa magnitud, no es necesario que ella se ocupe de realizar juicios de proporcionalidad al emprender su acción defensiva. Por lo demás, rige el criterio de proporcionalidad “inversa” formulado en el § 228 Código Civil alemán. Es cierto que aquel que organiza su esfera jurídica conforme a derecho *en ningún momento* da un motivo para dudar de su voluntad de reconocer a los demás sujetos; sin embargo, en lo que se refiere al *momento actual del conflicto*, esto no es diferente en los otros casos del estado de necesidad defensivo. Quien es confrontado con una puesta en peligro *actual* de su libertad ocasionada por otra persona, solo tiene que considerar de forma mínima los intereses que afectan el *pasado* y el *futuro* de su contraparte. El Derecho penal debería cuidarse de una sobrecarga del escaso recurso del “civismo”.

31 Tomado de JAKOBS, AT, 13/47.

32 A favor de un recorte de la facultad de intromisión en estos casos, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, § 32 nm. 31; ROXIN, AT 1, § 16 nm. 68; asimismo, hasta ahora, PAWLIK (nota 6), p. 325; PAWLIK, Jura 2002, p. 30. Una cuestión diferente es determinar a cuáles objetos se puede recurrir. Algunos aspectos hablan a favor de la concepción defendida por JAKOBS en un manuscrito que no ha sido publicado hasta el momento (“Grade der Zuständigkeit” [N. del T.: existe una traducción al español de dicho manuscrito en JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá 2004]), según la cual en los casos de peligros absolutamente ubicuitarios la responsabilidad penal se restringe al objeto puesto en peligro. Por cuestiones de espacio, este problema no puede ser analizado a profundidad en esta contribución.

3. Competencia de ambas partes del conflicto por el surgimiento de la situación de peligro

Hasta ahora se han analizado aquellos eventos en los que solamente el destinatario de la intromisión era –desde el punto de vista personal– competente por el conflicto. ¿Qué sucede, sin embargo, en caso de que *ambas* partes del conflicto sean competentes por el surgimiento de la situación crítica? Puesto que la magnitud de las intromisiones permitidas en el caso del estado de necesidad defensivo corresponde a la intensidad de la competencia por el conflicto del destinatario de la intromisión, la *repartición* de la competencia personal entre las partes del conflicto debe tener como consecuencia una *reducción* del alcance de las intromisiones permitidas.

a) Competencias “simétricas” de ambas partes

En primer lugar, son imaginables constelaciones de la naturaleza del siguiente ejemplo: dos perros igual de valiosos y lamentablemente igual de agresivos, a los que les ha sido posible escapar de sus jaulas debido al descuido de sus respectivos propietarios, arremeten el uno contra el otro. E, el propietario de uno de los animales, aparece casualmente en ese instante y reconoce que su querida mascota está a punto de ser derrotada. Entonces mata al adversario de su mascota; esa era la única forma en la que E podía proteger a su perro de ser herido de muerte. Este caso se caracteriza porque las cuotas de competencia –imputables personalmente– de los propietarios de los perros se neutralizan mutuamente: ambos lesionaron en la fase previa al enfrentamiento el deber de asegurar adecuadamente sus esferas jurídicas. Por lo tanto, desde la perspectiva de la competencia *personal*, ninguno de ellos tiene prioridad sobre el otro. Para la solución del conflicto queda entonces solamente la posibilidad de partir del *estatus de sujeto* de los intervinientes y de establecer cómo repercutiría la pérdida que amenaza a cada uno de ellos en sus respectivos planes de vida. Dicho de otro modo: dado que del criterio del *mérito* no se puede deducir una preferencia por uno de los dos lados, queda solo el recurso al criterio de la *utilidad*. Solamente falta establecer si basta una equivalencia entre el bien salvaguardado y el bien lesionado para que la intromisión se encuentre justificada o si, por el contrario, es necesaria una preponderancia simple del bien salvaguardado.

Las similitudes con la colisión de deberes parecen hablar a favor de la tesis que propugna por la equivalencia de los bienes³³. No obstante, el presente grupo de casos no se diferencia de manera insignificante en su estructura normativa de la constelación de la colisión de deberes: en esos eventos el sujeto competente ostenta dos *deberes* equivalentes; sin embargo, él puede cumplir solamente uno de ellos. En los supuestos aquí analizados quien interviene en la esfera jurídica ajena hace valer el *deseo* –que

33 En este sentido, EUE, JZ 1990, p. 767. Según la doctrina mayoritaria, no existen máximas vinculantes jurídicamente para la elección entre deberes del mismo rango (JAKOBS, AT 15/6).

radica en su estatus de sujeto— de proteger un bien que le es útil en contra del correspondiente deseo de su contraparte. Concederle a quien interviene en la esfera ajena la facultad para imponer ese deseo en los eventos de una equivalencia entre los bienes significaría tanto como favorecer a aquella parte que, en caso de igual cualificación *normativa*, decida intervenir *de facto* antes que la otra. Mucho más convincente es atar la facultad de intromisión a la tenencia de la *mejor cualificación normativa*, esto es, exigir una simple preponderancia positiva del bien salvaguardado. Ella faltó en el caso recién analizado, pues los dos perros eran igual de valiosos. E actuó por lo tanto de manera antijurídica.

b) *Competencias “asimétricas” de los implicados en el conflicto*

En el caso acabado de estudiar la competencia especial personal de uno de los propietarios de los perros que se comportó descuidadamente surgió independientemente del comportamiento equivocado del otro. No obstante, también es posible que exista una *relación de dependencia* entre los motivos del surgimiento de ambas competencias especiales: sin la falla de una de las partes del conflicto nunca se hubiese llegado a la situación de la que se desprende la competencia especial de la otra parte del conflicto. Ejemplo: el provocador P azuza reiteradamente a un perro que generalmente es muy tranquilo; finalmente este sobrepasa la cerca del predio —que no estaba asegurada de manera adecuada— y se lanza sobre aquel. P solamente se puede salvar de graves lesiones matando al animal. Aquí no se neutralizan por completo las cuotas de competencia personal de los titulares de los bienes jurídicos implicados; al interviniente, que —como en este ejemplo P— puso en marcha el suceso y causó el conflicto posterior, le corresponde una mayor cuota de competencia. Así pues, él no actúa de manera justificada en caso de obtener un *simple* saldo positivo; por el contrario, es necesario que el interés salvaguardado por él prepondere *sustancialmente* sobre el interés que él lesiona³⁴. Aquí rige en definitiva el criterio de ponderación del § 34 Código Penal alemán, el cual se refiere en primera línea a la situación básica del estado de necesidad agresivo. Su aplicación conduce en el presente caso a justificar el comportamiento de P: el interés de P de no sufrir graves lesiones corporales es sustancialmente más importante que el interés sobre la propiedad que tiene el dueño del perro³⁵.

III. CONCLUSIÓN

Con ello ha llegado a su fin el análisis de las constelaciones más importantes del estado de necesidad defensivo. Las anteriores reflexiones buscaban demostrar dos cosas diferentes: en primer lugar, debe haber quedado claro que el estado de necesidad

34 Igualmente JAKOBS, AT, 13/47.

35 El § 228 del Código Civil alemán no se contrapone a la interpretación aquí realizada; al respecto, PAWLİK (nota 6), pp. 320 y ss., nota 142.

defensivo es indispensable para completar el sistema de los derechos de necesidad jurídico-penales. En segundo lugar, se debe haber demostrado la relevancia de una teoría de los derechos de necesidad que se guía por los conceptos *persona* y *sujeto* así como por las categorías de competencia que le corresponden a cada uno de ellos. Este planteamiento ha permitido domesticar dogmáticamente las múltiples constelaciones de casos que son agrupadas bajo el nombre del estado de necesidad defensivo. *Hic sunt leones* – ello no debería seguir rigiendo para el estado de necesidad defensivo.