

Una teoría del estado de necesidad exculpante

Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática

Michael Pawlik

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Abstract*

Según el Derecho penal alemán, una persona que infringe una norma penal puede ser excusada bajo las condiciones del § 35 StGB (estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad). ¿Cuáles son las razones para no considerar responsable en estos casos a quien ha infringido una norma, a pesar de que pudo incluso haber causado la muerte de la víctima? En el apartado 2 de este ensayo se analizan las respuestas usuales a esta pregunta. La conclusión es que ninguna de ellas es absolutamente convincente. Común a todas ellas es que infravaloran la importancia del interés de la víctima en su libertad personal. En el apartado 3 se desarrolla una interpretación propia del § 35 StGB. Esta interpretación está basada en la distinción entre dos significados de libertad jurídica. En primer lugar, los miembros de una comunidad jurídica están obligados a respetar la “libertad negativa” de los otros. Sobre la base de este concepto de “libertad”, la causa de exclusión de la culpabilidad del estado de necesidad exculpante aparece como un elemento ajeno al sistema del Derecho penal. Sin embargo, el estatus de los miembros de una comunidad jurídica no está limitado a sus “libertades negativas”. Hasta cierto punto, el Derecho penal también reconoce sus “libertades positivas”: el interés de cada individuo en preservar su integridad personal. La causa de exclusión de la culpabilidad del estado de necesidad exculpante del § 35 StGB puede ser interpretada como un reconocimiento de la “libertad positiva” de quien infringió una norma. En el apartado final de este trabajo (4) se aplica este modelo de explicación a una serie de problemas específicos que genera el § 35 StGB.

Im deutschen Strafrecht kann eine Person, die eine Strafrechtsnorm verletzt hat, unter den Bedingungen des § 35 StGB entschuldigt werden (sog. entschuldigender Notstand). Wie lässt sich begründen, dass ein solcher Täter nicht bestraft wird, obwohl er womöglich sogar den Tod seines Opfers verursacht hat? In dem zweiten Abschnitt dieses Beitrags werden die bisherigen Antworten auf die oben erwähnte Frage analysiert. Das Ergebnis dieser Untersuchung lautet, dass keiner der dargestellten Ansätze gänzlich zu überzeugen vermag. Sie alle haben gemeinsam, dass sie die Bedeutung des Freiheitsinteresses des Opfers unterschätzen. In dem dritten Abschnitt entwickelt der Autor ein eigenes Erklärungsmodell für den § 35 StGB. Dieses basiert auf die Unterscheidung zweier Bedeutungen der rechtlichen Freiheit. Zunächst sind die Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft dazu verpflichtet, sich gegenseitig in ihrer „negativen Freiheit“ zu achten. Legt man jedoch lediglich ein solches Verständnis von Freiheit zugrunde, bleibt der entschuldigende Notstand ein Fremdkörper in der strafrechtlichen Dogmatik. Denn der Status der Mitglieder einer Rechtsordnung ist nicht auf deren „negative Freiheit“ beschränkt. Vielmehr erkennt das Strafrecht in gewisser Weise ebenso deren „positive Freiheit“ an: Das Interesse jedes Einzelnen, seine persönliche Integrität zu erhalten. Der entschuldigende Notstand gem. § 35 StGB kann daher als rechtliche Anerkennung der „positiven Freiheit“ des Täters verstanden werden. Im letzten Abschnitt des Beitrags (4) wird dieses Erklärungsmodell auf eine Reihe von konkreten Problemen angewendet, die im Rahmen des § 35 StGB hervortreten.

* Título original: «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», publicado en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), 2003, pp. 287-315. Traducción al español a cargo de Leandro Dias (Universidad de Buenos Aires), Marcelo D. Lerman (Universidad de Buenos Aires, traducción realizada como becario A. v. Humboldt, programa Georg Forster) y Patricio Sabadini (Universidad de la Cuenca del Plata). Revisión: Laura Wittmann (Universidad de Freiburg). Agradecemos especialmente al Prof. Dr. mult., Dr. h. c. Marcelo A. Sancinetti sus valiosos comentarios.

According to German criminal law, a person who violates a criminal law rule will be excused under the conditions of § 35 German Criminal Code (necessity as an excuse). What are the reasons for not holding an offender responsible in these cases although he may have even caused the death of his victim? In Section 2 of this essay, the usual answers to this question are analysed. The result is that none of them is utterly convincing. They all have in common that they underestimate the importance of the victim's interest in his personal freedom. In Section 3, the author puts forward his own interpretation of § 35 German Criminal Code. This interpretation is based on the distinction between two meanings of legal freedom. In the first place the members of a legal community are obliged to respect the "negative freedom" of each other. On the basis of this understanding of "freedom" the defence of necessity appears as an alien element within the system of criminal law. However, the status of the members of a legal community is not confined to their "negative freedom". To some extent, the criminal law also recognises their "positive freedom": the interest of each individual to preserve his personal integrity. The defence of necessity in § 35 German Criminal Code can be interpreted as acknowledging the offender's "positive freedom". In the final section of this essay (4) this model of explanation is applied to a range of detailed problems raised by § 35 German Criminal Code.

Titel: Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung.

Title: A theory of necessity as an excuse. Legal and philosophical foundations and dogmatic structure.

Palabras clave: estado de necesidad exculpante, teoría de la libertad, libertad negativa, libertad positiva, filosofía del derecho penal, Código Penal alemán.

Stichworte: Entschuldigender Notstand, Freiheitstheorie, negative Freiheit, positive Freiheit, Strafrechtsphilosophie, deutsches Strafgesetzbuch.

Keywords: necessity as an excuse, theory of freedom, negative freedom, positive freedom, philosophy of criminal law, German Criminal Code.

Sumario

- 1. ¿Irregularidades en la fundamentación del estado de necesidad exculpante según la teoría de la libertad?**
- 2. Crítica a los intentos de fundamentación existentes hasta ahora**
 - 2.1. Suspensión de la exigencia de obediencia al Estado en casos de necesidad existencial**
 - 2.2. Inexigibilidad de un comportamiento ajustado a los deberes a causa de la contrariedad a los intereses de auto-conservación**
 - 2.3. Actitud no reprochable del autor en el estado de necesidad**
 - 2.4. Teoría de la doble reducción de la culpabilidad**
 - 2.5. Teorías orientadas a la prevención**
- 3. El modelo de legitimación aquí propuesto**
 - 3.1. Exigencias para una teoría del estado de necesidad exculpante adecuada a las exigencias de la teoría de la libertad**
 - 3.2. Relevancia normativa del interés de quien interviene**
 - 3.3. El supuesto básico del estado de necesidad exculpante**
- 4. La legitimidad de la regla del estado de necesidad del § 35 apdo. 1 StGB**
 - 4.1. Peligro considerable para los intereses en cuanto sujeto de quien realiza la**

intervención

a) Primacía de las instituciones

b) Ausencia responsabilidad de quien realiza la intervención en virtud de su estado de necesidad

c) Inminente frustración del proyecto de vida del autor

4.2. Ausencia de predominio esencial de los intereses en cuanto sujeto del interviniente

4.3. Problemas especiales en las relaciones tripartitas

5. Bibliografía

1. ¿Irregularidades en la fundamentación del estado de necesidad exculpante según la teoría de la libertad?

Después de una larga odisea, la idea que se ha desarrollado del estado de necesidad ha encontrado dos puntos de apoyo en el Código Penal actual (StGB) y en las regulaciones de los §§ 34 y 35.¹ En la discusión contemporánea ya no hay voces que pongan en duda, en términos generales, la legitimidad de estas disposiciones. En cambio, ahora, al igual que antes, existe inseguridad sobre las ideas básicas que las sostienen.² Esa inseguridad tampoco le resulta indiferente al trabajo dogmático-penal cotidiano. Así, sería necesario que, para poder adquirir peso sistemático, los planteamientos relativos a las preguntas dogmáticas particulares se remitieran a fundamentos generales. Si los fundamentos son inestables, su falta de estabilidad se transmitirá a todos los demás componentes del edificio dogmático. Las siguientes explicaciones están formuladas, por lo tanto, esencialmente para dar seguridad a las *bases* del estado de necesidad exculpante. Además, están guiadas por un juicio que, a más tardar a partir de KANT y HEGEL, pertenece, como bien común, a la Filosofía del derecho: el juicio relativo a que el derecho y la libertad van inseparablemente de la mano.³ Conforme a una famosa frase de HEGEL, el derecho no es más que la “existencia de la voluntad libre”.⁴ Es la idea de libertad la que proporciona el fundamento (y además los límites en materia de legitimidad) del orden jurídico en su conjunto y del Derecho penal en particular. Comprender adecuadamente un instituto penal específico —como, en este caso, el estado de necesidad exculpante— significa, por lo tanto, identificar el fundamento de su legitimidad según la teoría de la libertad.

Dicho de en términos generales, el Derecho penal concreta el deber general de respeto que los ciudadanos tienen tanto en su relación recíproca, como en su relación con las “condiciones de posibilidad” institucionales y naturales de su libertad, gravando con sanciones específicas las

¹ Ofrece un conciso resumen de la historia de la idea de estado de necesidad KÜPER, «Notstand I», en ERLER/KAUFMANN (eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. III, 1982, columnas 1064 ss.

² Respecto a la correspondiente discusión sobre el estado de necesidad justificante, cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 45 ss. y 57 ss.

³ Este enfoque se encuentra desarrollado con mayor profundidad en PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 5 ss.

⁴ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 29, p. 80; EL MISMO, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, 1817, § 486, p. 304 [N. del Ed.: en las citas a HEGEL, la página refiere a las respectivas versiones publicadas en *Werke in zwanzig Bänden*, 1986; para más detalles cfr. el apartado de Bibliografía].

infracciones reprochables a ese deber.⁵ Así, las reglas particulares del orden jurídico penal deben su legitimación, según la teoría de la libertad, al hecho de que ellas pueden ser identificadas como componentes de un sistema consistente de respeto institucionalizado. La base de este sistema en un orden jurídico penal marcadamente liberal es el respeto de la *libertad negativa* de los individuos.⁶ Por tal debe entenderse a la libertad consistente en que el individuo no pueda ser molestado en la administración de su esfera de derechos, en la medida en que él, por su parte, no perjudique la esfera de derechos de los otros.⁷ Al compás de un entendimiento meramente negativo de la libertad, una injerencia de necesidad en la esfera de derechos de una persona que no tiene ninguna responsabilidad penal por el peligro que motivó esa injerencia representa una infracción del deber de respeto a la dignidad de aquella persona.⁸

Este hallazgo permite que aparezca como altamente discutible no sólo el deber de tolerancia que está previsto para el estado de necesidad agresivo en el § 34 StGB,⁹ sino que, además, pone en duda la legitimidad de una regulación como la del § 35 apdo. 1, frase 1, StGB —una regulación que “exculpa” y, con ello, declara como no punibles acciones realizadas por necesidad que, en casos extremos, pueden llegar hasta el homicidio del destinatario de la intervención—. ¹⁰ Desde las premisas de la comprensión meramente negativa de la libertad, falta, en este caso, un fundamento de legitimación teórica suficiente para relevar al que realiza la intervención de su responsabilidad penal por las consecuencias del ataque al bien jurídico. ¿Dónde debería hallarse un fundamento tal? El destinatario de la acción no tiene responsabilidad criminal por la situación de peligro; y el *hecho* de la necesidad del actuante,¹¹ en un sistema de libertad meramente negativo, no es adecuado *per definitionem* para relativizar el alcance del *derecho a la libertad* de los destinatarios de la acción.¹² La circunstancia de que, sin embargo, el ordenamiento jurídico penal deje sin pena el ataque al destinatario de la intervención y, en esa medida, en última instancia sin una contradicción normativa, significa, desde este punto de vista, que también este ordenamiento, por su parte, priva al destinatario de la intervención del respeto correspondiente. Pero entonces, a la vista del estado de necesidad exculpante, el Derecho penal podría perder su

⁵ Al respecto PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 35 ss. y 127 ss.

⁶ El término “libertad negativa” ha sido acuñado por Isaiah BERLIN: cfr. BERLIN, «Zwei Freiheitsbegriffe», en EL MISMO, *Freiheit, Vier Versuche*, 1995, pp. 201 ss. No obstante, BERLIN en esto tiene en vista, en lo esencial, a la relación del ciudadano particular con el Estado. Para una crítica a la concepción de BERLIN, TAYLOR, «Der Irrtum der negativen Freiheit», en EL MISMO, *Negative Freiheit?*, 1988, pp. 118 ss. Sobre la recepción de la diferenciación entre libertad “positiva” y “negativa” en habla alemana, ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., 1994, pp. 194 ss.; Matthias KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 1996, pp. 282 ss.; recientemente SCHWEIDLER, *Das Unantastbare*, 2001, pp. 76 ss.

⁷ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 14 ss.; EL MISMO, «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», *GA*, 2003, p. 13.

⁸ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 15, con referencias adicionales.

⁹ Esto llevó a que KANT, por ejemplo, rechazase un derecho de necesidad estricto (KANT, *Die Metaphysik der Sitten [Rechtslehre]*, 1797, p. 343 [N. del Ed.: en las citas a KANT, la página refiere a la versión publicada en *Werke in zehn Bänden*, 1983; para más detalles cfr. el apartado de Bibliografía]); al respecto PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 18 ss.

¹⁰ La necesidad de legitimación de la circunstancia de que a la víctima en el § 35 StGB “se le quita una forma de protección, esto es, la armadura de la pena ante un comportamiento destructivo de un tercero”, también es subrayada por BERNSMANN, «Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, p. 3. También cfr., ídem, pp. 236/256 ss.

¹¹ El siguiente modelo toma la situación básica del estado de necesidad exculpante, esto es, el caso del comportamiento de dos personas. El apartado 4.3 se ocupa de las particularidades del comportamiento de tres personas

¹² KÖHLER, *AT*, 1997, p. 330; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 2.

pretensión de ser “la existencia de la voluntad libre”.

Si no queremos quedarnos con este diagnóstico, hace falta una legitimación del estado de necesidad exculpante que supere el nivel de un concepto de libertad meramente negativo. ¿Cómo puede delinearse una legitimación tal? Esta pregunta se encuentra en el centro de las reflexiones que siguen. En primer lugar, se analiza si los esfuerzos de fundamentación más importantes que se han esbozado previamente son capaces de procurar una base convincente, en el ámbito de la teoría de la libertad, para el estado de necesidad exculpante (2). Como se mostrará, éste no es el caso. Por eso, aquí se desarrolla un modelo de legitimación (3), y se muestra que este modelo es capaz de guiar de un modo satisfactorio la interpretación de la regla jurídico-positiva del § 35 StGB (4).

2. Crítica a los intentos de fundamentación existentes hasta ahora

2.1. Suspensión de la exigencia de obediencia al Estado en casos de necesidad existencial

Un camino a primera vista elegante para conciliar la creencia básica de que resulta decisiva una concepción meramente negativa de la libertad con la aceptación de la no punición incluso en caso de intervenciones masivas de necesidad, consiste en *limitar* de antemano el *ámbito de aplicación* de esa concepción de la libertad. El interés real del individuo en su auto-conservación que, como hemos visto, no se puede insertar en la *axiología interna* del concepto de libertad meramente negativo, retorna entonces como *límite externo* en la teoría. HOBBS ha fijado ese modelo de fundamentación;¹³ PUFENDORF y FICHTE lo aplicaron a las cuestiones del estado de necesidad.¹⁴ Según ellos, se puede argumentar de la siguiente manera: la exigencia de obediencia al Estado encuentra su fundamento en que el Estado sirve al interés de auto-conservación de sus ciudadanos. A aquellos ciudadanos a los que, en una situación concreta, el Estado no puede prestarles ese servicio fundamental que tiene a su cargo, tampoco puede continuar exigiéndoles, por su parte, la observancia de las reglas jurídicas.

Sin embargo, esta interpretación pasa por delante del problema que genera el estado de necesidad, pero no lo resuelve.¹⁵ A quien busca librarse del problema de la *legitimación intra-jurídica* del estado de necesidad exculpante trasladando el suceso conflictivo a fuera de los portales

¹³ Al respecto, en particular, BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, pp. 267 ss.

¹⁴ Cfr. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur* (Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, t. I), 1994, p. 68; FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1979, pp. 246 ss. Del mismo modo GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechts-Wissenschaft*, 4ª ed., 1825, §§ 23, 138 (pp. 20 ss., 140). Dentro de la literatura más actual, sobre todo la posición de BERNSMANN cuenta con una tendencia fuertemente hobbesiana: cfr. BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, p. 306. Las consecuencias señaladas a continuación no son advertidas por Bernsmann sólo porque él, en el desarrollo de su teoría sobre estado de necesidad, no recorre rigurosamente la radical “desnormativización” del estado de naturaleza, específica de HOBBS (al respecto KERSTING, *Thomas Hobbes zur Einführung*, 1992, pp. 121 ss.). Por ejemplo, la aprobación de Bernsmann respecto de una proporcionalidad entre el bien que se conserva y el bien que recibe la injerencia (ídem, pp. 401 ss.) y su fundamentación del incremento de los deberes que surge de los ejemplos que ofrece la regulación del § 35 apdo. 1, frase 2 StGB, a través del “comportamiento previo de quien (luego) se encuentra en peligro” (ídem, p. 394), presuponen como evidente la subsistencia de la juridicidad incluso en la situación que da lugar a un estado de necesidad.

¹⁵ Así JANKA, *Der strafrechtliche Notstand*, 1878, p. 88, en contra de FICHTE.

del Derecho le queda vedada la posibilidad de aplicar *cualquier clase de conceptos jurídicos*. Así, desde este punto de vista, la evaluación de una intervención “exitosa” desde la perspectiva de quien la realiza pierde su legitimación como “exculpante”. “Exculpación” es un concepto jurídico; por el contrario, al resultado de un acontecimiento natural podría, en todo caso, aplicársele la definición de “no justiciable”. Quien permite a una parte del conflicto (a quien interviene) actuar apelando meramente a sus intereses efectivos, también tiene que concederle lo mismo a las otras partes del conflicto (los destinatarios de la intervención). La construcción de un “estado jurídico vinculante unilateralmente” significaría, realmente, una *contradictio in adjecto*: le proporcionaría un estatus de beneficio al que no está sujeto normativamente, algo inadmisibile desde el punto de vista de la igualdad, frente al que sí está sujeto normativamente. En consecuencia, éste último, en su defensa, no debería respetar los (de todos modos ya amplios) límites de la legítima defensa.¹⁶ Finalmente, en una visión hobbesiana, se pierde el carácter del Derecho como un *orden trans-temporal*; un orden que tiene que garantizar la continuidad personal e institucional y, por eso, además reconoce obligaciones y roles característicos de cada uno, provenientes de su pasado. Quien asuma una comprensión del estado de necesidad marcadamente hobbesiana se centrará, en lugar de ello, en una *percepción puntualizada* de los conflictos del estado de necesidad. La consideración del individuo como algo aislado, que sólo puede priorizar su auto-conservación *actual*, tiene la consecuencia de que el conflicto se separa de su *antecedente*. La responsabilidad por haber generado la posición de conflicto de quien realiza la intervención; su rol como titular de un cargo que lo obliga a soportar determinados peligros; su estatus de ciudadano, que debe conformarse con las consecuencias de los procedimientos estatales, incluso cuando él las considere injustas — todos estos factores no encuentran ningún lugar en una concepción del estado de necesidad hobbesiana consecuente —.¹⁷

Quien quiera escapar de estas consecuencias no podrá desterrar al estado de necesidad exculpante a la periferia naturalística del orden jurídico, sino que deberá plantearse la tarea de entenderlo como un genuino *instituto del Derecho* que puede ser descrito y legitimado por medio de un sistema de categorías claramente normativo-general. Las otras fundamentaciones que se sostienen hoy en día deben ser vistas desde el prisma de esta pretensión.

2.2. Inexigibilidad de un comportamiento ajustado a los deberes a causa de la contrariedad a los intereses de auto-conservación

Al igual que HOBBS, KANT también atribuye un papel importante a la tendencia humana a la auto-conservación. A pesar de negar la existencia de un derecho de necesidad;¹⁸ en su exposición de la “tabla de Carneades” habla de la “no punibilidad” del autor.¹⁹ Según KANT, en este caso el Derecho penal podría “no tener el efecto deseado”, pues la amenaza con un mal, que aun sería *incierto* (la pena de muerte a través de sentencias judiciales), no podría predominar frente al

¹⁶ Esto ya era manifiesto en KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, p. 113. En detalle sobre esta consecuencia de una interpretación de la legítima defensa inspirada en HOBBS: PAWLIK, «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *ZStW*, (114), 2003, pp. 280 ss.

¹⁷ Esto ya lo reconocía WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, p. 121.

¹⁸ Véase, al respecto, nota 9.

¹⁹ KANT, *Die Metaphysik der Sitten [Rechtslehre]*, 1797, p. 343.

temor del mal *certero* (el ahogamiento).²⁰ Con ello, KANT supera una visión que, en el marco del pensamiento del contrato social, se ancla en el resurgimiento del estado de naturaleza en los casos existenciales de necesidad, y la reemplaza por una específica motivación *teórico-penal*.²¹ FEUERBACH toma la consideración de KANT y la generaliza: en caso de actual y urgente peligro para la vida o para otro bien irremplazable y personal, “la posible eficacia” de la ley penal se ve neutralizada por el impulso.²² Por tanto, una acción de estado de necesidad realizada en esas condiciones no sería imputable.²³ FEUERBACH no sostiene aquí, de ningún modo, la tesis (empíricamente insostenible) de que es propio del hombre tener una tendencia irresistible a salvarse, literalmente, a cualquier precio, ante el peligro de su propia extinción,²⁴ sino que extrae las consecuencias de su teoría de la pena de la prevención general negativa, que se adaptan perfectamente a las consideraciones de KANT que se han mencionado.²⁵ Esa teoría de la pena se basa en la imagen del individuo inteligente-calculador que debe ser convencido de que los delitos no “valen la pena”.²⁶ Pero esa fundamentación no puede ser aplicada, como lo ha mostrado la reflexión de KANT, a un individuo que se enfrenta a un peligro existencial, y de ahí deriva la falta de sentido de la coacción penal en esos casos.

El anclaje teórico-penal que sostiene a la teoría del estado de necesidad de FEUERBACH se pierde, en su mayor parte, en la evolución de la discusión posterior; lo mismo puede decirse de los fundamentos basados en la teoría del contrato social. A pesar de ello, la impunidad de la intervención del estado de necesidad en caso de bienes existencialmente significativos se ha fundamentado, tanto hoy como antes, en el “instinto de auto-conservación” del autor en estado de necesidad.²⁷ Sin embargo, esta idea ya no se asienta en consideraciones sistemático-generales,

²⁰ KANT, *Die Metaphysik der Sitten [Rechtslehre]*, 1797, p. 343.

²¹ Esta incompatibilidad con otras explicaciones de KANT sobre la fundamentación de la pena ya fue señalada tempranamente: cfr. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, p. 599; EL MISMO, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, p. 113; HÄLSCHNER, *Das Preußische Strafrecht*, t. 2, 1858, p. 273; WESSELY, *Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischem Rechte*, 1862, p. 11; JANKA, *Der strafrechtliche Notstand*, 1878, p. 88.

²² FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1862, § 91 (p. 179). Del mismo modo TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Erster Teil*, 1806, §§ 97 ss. (pp. 239 ss.); ROBHIRT, *Lehrbuch des Criminalrechts*, 1821, § 25 (p. 54). En tiempos más modernos: GRAF ZU DOHNA, «Ein unausrottbares Mißverständnis», *ZStW*, (66), 1954, p. 512.

²³ Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1862, § 84 (pp. 153 ss.).

²⁴ En efecto, esta posición era defendida por algunos autores; cfr. BAUER, *Lehrbuch des Strafrechtes*, 2ª ed., 1833, § 129 (p. 189); en lo fundamental también GEYER, «Zur Lehre vom Nothstand», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, t. V, 1863, pp. 78 ss. En la literatura más moderna: BRAUNECK, «Der strafrechtliche Schuldbegriff», *GA*, 1959, p. 269. Crítico al respecto HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. I, 1881, p. 499; WESSELY, *Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischem Rechte*, 1862, pp. 158 ss. (a través del análisis de bibliografía especializada sobre psicología).

²⁵ KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, p. 599; HÄLSCHNER, *Das Preußische Strafrecht*, t. 2, 1858, p. 273; WESSELY, *Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischem Rechte*, 1862, pp. 11 y 15.

²⁶ LESCH, «Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens (1. Teil)», *JA*, 1994, pp. 516 ss.

²⁷ MARQUARDSEN, «Die Lehre vom Nothstande», *Archiv des Criminalrechts*, (segunda serie, 24), 1857, pp. 403 ss.; WESSELY, *Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischem Rechte*, 1862, pp. 16 ss.; JANKA, *Der strafrechtliche Notstand*, 1878, pp. 198 ss.; VON WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht*, 1881, § 56 (p. 139); BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18ª ed., 1898, p. 103; OETKER, «Notwehr und Notstand», en BIRKMEYER ET AL. (eds.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, t. II, 1908, p. 331; WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, pp. 121 ss.; KOHLRAUSCH, «Die „Straftat“ im deutschen Strafgesetzentwurf 1919», *SchwZStR*, (34), pp. 174 ss.

sino que se explica como una plausibilidad de *common sense* —el Estado “no puede exigir un heroísmo moral mediante la conminación penal” —,²⁸ o se formula como un mandato de la política criminal.²⁹ Más adelante, el concepto normativo de culpabilidad abre nuevamente la posibilidad de reconducir las presiones de motivación específicas derivadas del “instinto de auto-conservación” a una figura de fundamentación intra-jurídica: la inexigibilidad.³⁰ Sin embargo, el domesticar a ese “instinto” en un plano terminológico no modifica la problemática en términos materiales.³¹ Así, se mantiene la “puntualización” del conflicto de estado de necesidad criticada en el punto 1, pues el instinto de auto-conservación (literalmente “natural”) surge en el correspondiente tiempo presente.³² En especial, este camino no permite dejar de lado la protesta del destinatario de la intervención. No existe diferencia alguna entre recurrir *directamente* al instinto de auto-conservación del autor en estado de necesidad contra la posición jurídica de su adversario y sostener que su interés por la auto-conservación hace que sea “*inexigible*” el respeto de la posición jurídica de su adversario. Por consiguiente, no se ha dado ningún paso en la profundización del análisis de la cuestión fundamental del estado de necesidad exculpante en el ámbito de la teoría de la libertad.³³

2.3. Actitud no reprochable del autor en el estado de necesidad

Según BOCKELMANN, la *actitud* manifestada por quien actúa en estado de necesidad no permite formular un reproche de culpabilidad, pues, debido a la *humana fragilitas*, el instinto de auto-conservación sería un defecto reprochable sólo en menor medida.³⁴ Sin embargo, de esta manera BOCKELMANN no logra subsanar el déficit en el ámbito de la teoría de la libertad de la opinión que se acaba de mencionar. BOCKELMANN entiende que el fundamento material para considerar que la actitud del autor del estado de necesidad no basta para ser considerada reprochable y, por ello, prescindir de una imputación de culpabilidad contra él, radica en la fuerza del “instinto de auto-conservación” de las personas afectadas. En el planteamiento de este autor también queda

²⁸ Así BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18ª ed., 1898, p. 103.

²⁹ Así WESSELY, *Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischem Rechte*, 1862, pp. 16 ss.

³⁰ Fundamental GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913, p. 34; cfr. Además VON LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, pp. 283 ss.; HENKEL, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en ENGISCH/MAURACH (eds.), *FS-Mezger*, 1954, pp. 289 ss.; en la jurisprudencia: RGSt 66, p. 225. En la bibliografía actual: BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 10ª ed., 1995, § 23, nm. 7; cercanos: HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 267; HÖRNLE/VON HIRSCH, «Positive Generalprävention und Tadel», en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 99; LUGERT, *Zu den erhöhten Gefahrtragungspflichten im differenzierten Notstand*, 1991, pp. 102 ss.

³¹ Así también KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 332 ss.

³² Este aspecto crítico por lo general se formula a los efectos de señalar que la referencia al instinto humano de auto-conservación no puede explicar consistentemente la regulación § 35 apdo. 1, frase 2 StGB (ejemplificador JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/1; ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1997, § 2, nm. 8 y 35).

³³ FRISTER ha expresado una interpretación especialmente sutil del elemento de la exigibilidad. A partir de la exigibilidad la dogmática explicaría el hecho de que el reproche de culpabilidad penal requiere una evaluación negativa no solamente desde la perspectiva de la comunidad, sino también que desde aquella del propio afectado (FRISTER, *Die Struktur des „voluntativen Schuldlements“*, 1993, p. 161). Esta última no estaría presente en los comportamientos realizados bajo “presión en la motivación” y, por lo tanto, se tendría “comprensión” por el autor del hecho (ídem, p. 156). Sin embargo, también FRISTER deja abierta la pregunta decisiva de la teoría de la libertad de *por qué motivos* la perspectiva interna del autor en estado de necesidad podría resultar relevante para su víctima. La proclama por “comprensión” no es un fundamento.

³⁴ BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pp. 84 ss.

sin responder la pregunta de por qué un “instinto” debe poder contraponerse a un derecho.³⁵

GALLAS también niega que el autor en estado de necesidad tenga una actitud de “enemistad con el derecho”; incluso un ciudadano promedio fiel al Derecho se vería desbordado en la situación de estado de necesidad.³⁶ Esta reflexión, al igual que la anterior, no nos lleva muy lejos. De la *afirmación de hecho* según la cual la mayoría de los otros ciudadanos habrían cedido a la presión de la situación del estado de necesidad, no se podría derivar inmediatamente la *conclusión normativa* de que, en este caso, es legítimo prescindir del castigo del autor; del ser no se deriva ningún deber ser, sino que para poder extraer la conclusión anterior se requiere una conexión normativa.³⁷ GALLAS no lo explicita. Lo más cercano a un enlace normativo que se encuentra en su planteamiento es una sensata alusión a que no resulta esperable más que una medida socialmente estándar de autocontrol. Si bien esta reflexión parece, a primera vista, bastante plausible, una observación más atenta permite ver que no consigue cruzar la brecha entre las afirmaciones del ser y las del deber ser. Se les sugiere a los miembros individuales de la sociedad que ajusten sus expectativas *cognitivas* —es decir, sus expectativas sobre el *comportamiento efectivo* de los demás seres humanos— al estándar de lo socialmente normal. En esta fundamentación queda pendiente la petición dirigida al destinatario de la intervención realizada en estado de necesidad de que también corrija correspondientemente sus expectativas *normativas* frente al Estado con poder punitivo. Esta petición no puede fundamentarse en expectativas de tipicidad extra-normativas, sino sólo en la lógica intra-normativa de la idea de libertad jurídica.

2.4. Teoría de la doble reducción de la culpabilidad

Actualmente es dominante la “teoría sincrética”³⁸ de la doble reducción de la culpabilidad, fundada por Armin KAUFMANN y RUDOLPHI.³⁹ Su *primer* componente —la referencia a la aflicción espiritual del autor en estado de necesidad— ya ha sido sometido a críticas detalladas. Aquí sólo falta indagar la cuestión de si, al menos, el *segundo* elemento de la teoría resulta convincente. Según éste, la *culpabilidad* disminuida del autor en estado de necesidad se deriva también de que él realiza un *ilícito* menor que el de un autor “corriente”. El autor en estado de necesidad no sólo intenta la destrucción, sino también la conservación de los bienes (valor positivo de acción) y

³⁵ La crítica tradicional a la posición de BOCKELMANN resulta más modesta: se censura solamente la vaguedad del estándar de la *humana fragilitas* (así BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, p. 189), no el carácter dudoso de sus principios.

³⁶ GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 68 ss.

³⁷ Acertado FRISTER, *Die Struktur des „voluntativen Schuldlements“*, 1993, pp. 151 ss.

³⁸ BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, p. 204.

³⁹ Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 204 ss.; EL MISMO, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2ª ed., 1988, pp. 156 ss.; RUDOLPHI, «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *ZStW*, (78), 1966, pp. 81 ss.; EL MISMO, *SK*, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 2 ss. Otros representantes de esta posición: HIRSCH, *LK*, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 3 ss.; LENCKNER/PERRON, *Schönke/Schröder*, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 2; EBERT, *AT*, 3ª ed., 2001, pp. 106 ss.; GROPP, *AT*, 2ª ed., 2001, § 7, nm. 64; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 43 III 2 b; KREY, *AT*, t. I, 2001, nm. 715 ss.; KÜHL, *AT*, 4ª ed., 2002, § 12, nm. 18 ss.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 178; WESSELS/BEULKE, *AT*, 32ª ed., 2002, nm. 433; STRATENWERTH, *AT*, 4ª ed., 2002, § 20, nm. 99; KÜPER, «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkonkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, 1971, p. 477; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 35; ULSSENHEIMER, «Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung», *GA*, 1972, p. 23; VOGLER, «Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht», *GA*, 1969, p. 105.

también lo suele conseguir (valor positivo de resultado).⁴⁰ Pero, ¿es posible fundamentar esta tesis convincentemente también *frente al destinatario de la intervención*? ¿Puede dicha tesis eliminar la afectación que se produce en el ámbito de teoría de la libertad, tarea en la cual todas las concepciones debatidas hasta ahora han fracasado? Existen, al respecto, dudas notables.

¿Por qué motivo una intervención en la esfera de derechos *de la víctima* (que bajo ciertas condiciones puede consistir en acabar con su existencia) debe representar un ilícito menor debido a que *otro* sacará provecho de ello? Sobre la base de una comprensión rigurosamente negativa del Derecho, esa pregunta no tiene ninguna respuesta convincente; por tanto, el hecho de que el autor en estado de necesidad consiga, a través de su intervención, la protección de sus propios bienes resulta tan poco relevante como el punto de vista tratado anteriormente, según el cual, de esa manera, se tiene en cuenta su interés en la auto-conservación. Por ello, la tarea de una teoría del estado de necesidad exculpanate consiste, como ya se mencionó, en demostrarle al destinatario de la intervención el carácter deficitario de una concepción de la libertad concebida en términos puramente negativos. La tesis de la reducción del desvalor de acción y de resultado no supera por sí misma esta comprobación, sino que presupone que ya fue superada con éxito.⁴¹

¿Cómo podría concebirse esa necesaria fundamentación desde la perspectiva de la teoría de la doble disminución de la culpabilidad? RUDOLPHI afirma que sólo la consideración de *todos* los resultados de la conducta en estado de necesidad atribuibles al autor —los positivos no menos que los negativos— convierte en justo “el sentido social del hecho”.⁴² Sin embargo, si esto se observa atentamente, de este modo lo único que se hace es reformular la tesis inicial que se debe demostrar, pues nuestro tipo ideal de destinatario de la intervención pondría inmediatamente en duda que esté permitido expresar el “sentido social” *normativamente determinante* del estado de necesidad a través de una consideración global de esta clase. En la discusión sobre el estado de necesidad justificante existen críticas de esta clase contra la invocación del principio de la preponderancia del mal menor en la evaluación de los intereses preeminentes.⁴³ Este principio está limitado al caso en que *una sola persona toma la decisión*.⁴⁴ Cuando existe un conflicto entre varios intereses de una misma persona, se elige racionalmente aquella alternativa que representa para ella el mal menor. El cómputo de beneficios y pérdidas no es aquí problemático, pues éstas se producen en una misma persona. En cambio, en el caso del estado de necesidad, concurren *intereses de personas distintas*. Sólo bajo la premisa de que esta circunstancia distinta no excluye una compensación entre desvalor de acción y desvalor de resultado, es posible aplicar el principio de preponderancia del mal menor. Ahora bien, la legitimidad de esa premisa será negada precisamente por un destinatario de la intervención que se mantenga firme en una concepción puramente negativa de libertad jurídica. En primer lugar, se tiene que responder su

⁴⁰ Ejemplar RUDOLPHI, *ZStW*, (78), 1966, pp. 81 ss. Armin KAUFMANN sólo se había orientado hacia la disminución del desvalor de la acción.

⁴¹ La observación de NEUMANN respecto del § 34 StGB de que el concepto de “desvalor de resultado” no describe las *consecuencias* de la *ponderación* (NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*, 1985, p. 214), sino la medida de la intervención, también se presenta como acertada a la luz de lo expuesto sobre la teoría de la doble disminución de la culpabilidad.

⁴² RUDOLPHI, *ZStW*, (78), 1966, p. 82.

⁴³ Fundamental: LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 89 ss. El déficit explicativo de este principio para el caso del estado de necesidad justificante se explica en PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 34 ss.

⁴⁴ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 40.

objección y, al hacerlo, no puede desempeñar ningún papel el principio de la preponderancia del mal menor.⁴⁵ Dado que, hasta ahora, quienes recurren a ese principio no han llevado a cabo esa tarea, la invocación de éste resulta apresurada; la verdadera tarea de fundamentación no se ha realizado, sino que se ha omitido.

2.5. Teorías orientadas a la prevención

Los intentos de explicar ausencia de objeciones sobre el estado de necesidad exculpante de consideraciones orientadas a la prevención se encuentran en expansión. Estas concepciones o bien tienen bases puramente preventivo-generales,⁴⁶ o bien complementan el punto de partida preventivo general con consideraciones preventivo especiales.⁴⁷ Según estos planteamientos, la situación que da lugar a un estado de necesidad exculpante es imprevisible y además extraordinaria para quien actúa en estado de necesidad; además, esta situación provoca, por lo general, solidaridad con el autor.⁴⁸ Teniendo en cuenta estas circunstancias particulares, en los casos básicos de estado de necesidad exculpante, ni la defensa de la confianza de la población en que continúe intacta la vigencia de orden normativo jurídico penal “regular”, ni una necesidad de resocialización del autor exigirían la imposición de una pena.

Los enfoques orientados preventivamente rompen con el énfasis tradicional en los intereses de auto-conservación y muestran que no son esos intereses en cuanto tales, sino la fundamentación de su aceptación social, lo que hace posible la exculpación del autor en estado de necesidad. En estas propuestas de fundamentación, “la sociedad” no deviene obviamente una forma ficticia de “gran hombre” que valora sus intereses en colisión y da preferencia a la evaluación de la que resulte, en general, el mal menor, sino que parece que aquí se ve a “la sociedad” esencialmente como el *público*, cuya necesidad de lograr una estabilización de su confianza en el orden mediante la aplicación de pena al autor —ausente en el caso estándar del estado de necesidad exculpante— fundamenta y, también, limita la imposición de un castigo. Justamente esta división entre las *partes en conflicto* y los *destinatarios de la fundamentación* es lo que hace imposible a las

⁴⁵ La objeción de que no estarían claros los parámetros bajo los cuales debería proceder la aplicación del mencionado principio en el caso del estado de necesidad exculpante (BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, pp. 209 ss.; NEUMANN, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, pp. 210 ss.; SCHNEIDER, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991, p. 96) está, otra vez, sistemáticamente subordinada a la crítica que aquí se sostuvo respecto de la su idoneidad primordial de legitimación.

⁴⁶ JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 20/1 ss.; JAKOBS, Schuld und Prävention, 1976, pp. 20 ss.; MÜSSIG, MüKo, 2003, § 35, nm. 3; GONZÁLEZ-RIVERO, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen, 2001, pp. 204 ss.; TIMPE, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen, 1983, pp. 297 ss.; EL MISMO, «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrerzehl (§ 33 StGB)», JuS, 1984, pp. 862 ss.; ACHENBACH, «Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht, JR, pp. 494 ss.; STRENG, «Schuld, Vergeltung, Generalprävention», ZStW, (92), 1980, p. 655. También defiende una concepción basada en los fines de la pena KINDHÄUSER, Gefährdung als Straftat, 1989, pp. 36 ss.

⁴⁷ ROXIN, AT, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 6, pp. 11 ss.; EL MISMO, «„Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien», en ROXIN (ed.), FS-Henkel, 1974, pp. 182 ss.; EL MISMO, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en Armin KAUFMANN ET AL. (ed.), FS-Bockelmann, 1979, pp. 282 ss.; EL MISMO, «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», ZStW, (96), 1984, p. 655; EL MISMO, «Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB», JA, 1990, pp. 98 ss. En aprobación AMELUNG, «Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin», JZ, 1982, pp. 621 ss.; SCHNEIDER, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991, pp. 96 ss.; SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Lichte des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», GA, 1986, p. 300.

⁴⁸ JAKOBS, Schuld und Prävention, 1976, p. 20.

concepciones orientadas a la prevención tratar adecuadamente la irritación en el ámbito de teoría de la libertad que, conforme a las reflexiones realizadas en el apartado 1, se suscita a todas luces ya en la cuestión de la legitimidad del estado de necesidad exculpante. Los comentarios allí realizados toman como punto de partida la *pretensión intrínseca* del Derecho penal de “ser la existencia de la voluntad libre”. Esta pretensión la invoca el destinatario de la intervención con su exigencia de fundamentación: ¿cómo es compatible su pretensión con la exculpación del autor en estado de necesidad exculpante? Anteriormente ya se ha subrayado que una respuesta adecuada a esta pregunta sólo puede consistir en explicar lo que *significa* “en verdad” el concepto del reconocimiento y la idea de la libertad jurídica; de manera más precisa: en la comprobación de que ambas nociones incluyen *más* que una libertad meramente negativa, a la cual el destinatario de la intervención puede apelar para apoyar su posición, y que ese componente adicional da lugar a que también la impunidad (“exculpación”) de ciertas intervenciones masivas en estado de necesidad se presente como axiológicamente inocua.

Si las teorías del estado de necesidad preventivamente orientadas se interpretan como intentos de responder a *esta* pregunta, entonces resultan difícilmente aceptables. Así, aquéllas dirían que la expresión de la idea de libertad jurídica consistiría en otorgar protección jurídico-penal a las demandas del destinatario de la intervención sólo en la medida en que ello sea necesario en favor del interés en la estabilización social. Con ello, privarían a los destinatarios de la intervención del reconocimiento como personas independientes, que son fines en sí mismas. Esto último, obviamente, tampoco lo afirman las concepciones basadas en el pensamiento preventivo. Ellas no se ocupan de la reconstrucción de las *condiciones de legitimidad intrínsecas de las reglas jurídico-penales*, sino del esclarecimiento de las *condiciones bajo las cuales el Derecho penal puede ejercer con éxito su función* de confirmar la identidad social.⁴⁹ Las teorías mencionadas se basan, así, en una *consideración extrínseca del problema*: en lugar de concebir el Derecho penal como la “existencia de la voluntad libre”, lo entienden aquí en su papel de instrumento para la consecución de otro fin.⁵⁰ Está fuera de duda que esta perspectiva puede ser fundamentada desde un punto de vista teórico y que su contenido es fecundo. Sin embargo, tampoco se debe olvidar que no aborda la pregunta relativa a la legitimidad que motiva a la presente investigación.⁵¹

⁴⁹ Fundamental: JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken», *ZStW*, (107), 1995, pp. 847 ss.

⁵⁰ Al respecto NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, pp. 122 ss.; NEUMANN, «Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention», en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 149; KINDHÄUSER (1995), «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *ZStW*, (107), 1995, pp. 717 ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 61 ss.

⁵¹ La tradicional crítica a las teorías sobre el estado de necesidad exculpante orientadas a la prevención afirma, en lo fundamental, lo siguiente: ese enfoque de fundamentación sería impreciso y no podría explicar adecuadamente los numerosos pormenores de la regulación legal (ejemplificador BERNSMANN, «Entschuldigung» durch Notstand, 1989, p. 221 ss.; LUGERT, *Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand*, 1991, pp. 97 ss.). Por el contrario, en el contexto de la discusión del estado de necesidad no se menciona la limitada idoneidad en materia de legitimación que ofrece este tipo de teorías.

3. El modelo de legitimación aquí propuesto

3.1. Exigencias para una teoría del estado de necesidad exculpante adecuada a las exigencias de la teoría de la libertad

¿Qué exigencias se deben proporcionar en el contexto de la mencionada crítica para una teoría del estado de necesidad exculpante adecuada según la teoría de la libertad? Se ha demostrado que la invocación de intereses *concretos* o de los motivos del autor de la intervención no puede ser adecuada para hacer frente a la protesta *normativamente* fundamentada del destinatario de la intervención. En el estado de necesidad exculpante no rige, en este tema, algo distinto de que lo que rige en el caso del estado de necesidad justificante. En las dos clases de estado de necesidad la consecuencia jurídica común es la impunidad de quien interviene. Por ello, también ambas generan el reproche de que se le ha negado al destinatario de la intervención su reconocimiento, al haber dejado sin sanción la utilización de sus bienes por otra persona. Por lo tanto, el legislador penal sólo puede combatir eficazmente esta objeción, formulada en nombre de la libertad del destinatario de la intervención, como se ha visto, recurriendo también por su parte al lenguaje de la libertad.

Por este motivo el legislador debe demostrar *primero*, que *no sólo* el destinatario de la intervención, *sino también* quien interviene puede apelar a un aspecto normativamente relevante de la idea de libertad jurídica. Esto se tratará con detalle en el apartado 3.2. Ahora bien, con este paso en la fundamentación obviamente todavía no se ha concretado la tarea. De hecho, sólo se ha constatado que, *en general*, los intereses del interviniente son relevantes en el marco de una concepción normativa de los conflictos de estado de necesidad. Además, *en segundo lugar*, se debe explicar que el peso de esos intereses es lo suficientemente grande como para “soportar” la legitimación teórica de la exculpación de quien interviene. Las explicaciones del apartado 3.3 se dedican a este círculo de problemas.

3.2. Relevancia normativa del interés de quien interviene

El programa de fundamentación previamente bosquejado se distingue metodológicamente de los anteriores intentos de explicación, sobre todo, en que expresa de modo preciso el problema central de legitimación del estado de necesidad exculpante, y en que extrae de ello la consecuencia de una estricta selección del material de fundamentación que resulta admisible. El “contra-interés” del interviniente que se está buscando no debe ser, por supuesto, uno que se le impone al destinatario de la intervención por un teórico sabelotodo. Una mera maniobra en las altas esferas conceptuales quizá puede servir para silenciar a quienes protestan, pero no para convencerlos. La tarea consiste, por lo tanto, en demostrar, por medio de un curso de fundamentación que el destinatario de la intervención pueda reconocer por sí mismo, que el sentido meramente negativo de la libertad es *incompleto* (y que, por ello, es necesario su complemento).

La solución a este problema es, tras observarlo con detalle, menos complicada de lo que parece al comienzo. El destinatario de la intervención apela a una etapa de la tematización de la libertad

jurídica, que puede denominarse, siguiendo a HEGEL, “*derecho de la persona*”. “En cuanto persona, soy”, según HEGEL, “inmediatamente individuo”.⁵² Mi autoconciencia todavía es la de un “yo completamente abstracto”.⁵³ Yo me comprendo únicamente como la suma “posibilidad absoluta de hacer abstracción de toda determinación en la cual yo me encuentro o en la cual me he colocado”.⁵⁴ Al tratar como contingente todo lo que me representa como determinado, me comprendo en la finitud de mi existencia corporal “como lo infinito, universal y libre”.⁵⁵ En esta generalidad carente de características particulares –y sólo en ella– son “todos idénticos” para mí.⁵⁶ Conforme a esto, las expectativas respecto de una persona se formulan desde la perspectiva de un *otro generalizado*; ellas concretan el mandato de limitación recíproca, que aquí es entendido como fundamento de la coexistencia entre esferas de libertad formalmente equiparadas. Por ello, el mandato fundamental del derecho abstracto reza: “sé una persona y respeta a los otros como personas”.⁵⁷

Sin embargo, una voluntad que esté determinada por su capacidad de poder retirarse de toda determinación es, según HEGEL, algo parcial y, por lo tanto, insuficiente.⁵⁸ El sentido común le otorga así toda la razón: el *pathos* de la distancia no sirve como estilo de vida general,⁵⁹ sino que la voluntad abstracta de la persona se debe desarrollar con miras a la “autodeterminación de la subjetividad”.⁶⁰ Solamente cuando el sujeto *conduce* su vida, le da una forma específica. Por eso, el sujeto es para sí “el fin en sí mismo, el concepto que en la objetividad sometida a él tiene su medio y su realidad subjetiva; por ello, está constituido como la idea existente en sí y por sí y como lo autónomo esencial, que frente a esta idea el mundo externo presupuesto sólo tiene el valor de un mundo negativo y carente de autonomía”.⁶¹ Por consiguiente, solamente en la fase de tematización del sujeto entra en consideración la *perspectiva interior* del individuo titular de una esfera de derechos, que hace efectivas las necesidades concretas propias y los intereses concretos y, por ello, el sujeto es cuidadoso de otorgar conexión y sentido a un conjunto de declaraciones de vida. Por eso, se puede afirmar, en dicción hegeliana: el sujeto es la verdad de la persona.⁶² Por

⁵² HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 47, p. 110.

⁵³ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 35 A, p. 93.

⁵⁴ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 5 A, p. 50. En contra de una interpretación ocasionalmente defendida (cfr. recientemente GONZÁLEZ-RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, 2001, pp. 118 ss.), HEGEL tampoco entiende “persona” en su antiguo significado como “rol” (al respecto FUHRMANN, «Persona, ein römischer Rollenbegriff», en MARQUARD/STIERLE (eds.), *Identität [Poetik und Hermeneutik]*, 2ª ed., t. VIII, 1996, pp. 83 ss.) ésta es para él, por el contrario, el paradigma de la libertad que se distancia de toda determinación (incluidos todos los roles). En detalle sobre el concepto de persona de HEGEL: SLEP, «Personbegriff und praktische Philosophie bei Locke, Kant und Hegel», en EL MISMO, *Praktische Philosophie im deutschen Idealismus*, 1992, pp. 81 ss.; MOHR, «Der Begriff der Person bei Kant, Fichte und Hegel», en STURMA (ed.), *Person*, 2001, pp. 103 ss. y 131 ss.

⁵⁵ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 35, p. 93.

⁵⁶ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 209 A, p. 360.

⁵⁷ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 36, p. 95.

⁵⁸ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 6 A, p. 52.

⁵⁹ Con razón señala SPAERMANN, *Personen*, 2ª ed., 1998, p. 232: “Nosotros vivimos ‘libres’ en especial en el momento en el que podemos identificarnos con nosotros mismos de manera tal que la posibilidad de distanciamiento decaiga hacia una posibilidad en un todo abstracta, remota”.

⁶⁰ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 104 A, p. 199.

⁶¹ HEGEL, *Wissenschaft der Logik II*, 1816, p. 480.

⁶² Lamentablemente la propia terminología de HEGEL no es del todo uniforme. En primer lugar, él deja en claro que la persona debe determinarse como sujeto (cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 105, p. 20) y que de ese modo la libertad crea “un territorio más alto” (ídem, t. 7, § 106, p. 204). Por otro lado él describe al sujeto como la pura “posibilidad de la personalidad, ya que cada ser vivo es, después de todo, un sujeto” (ídem, t.

consiguiente, la facultad para la exclusión respecto de los otros ya no constituye, para el sujeto, un fin en sí mismo. La facultad para la exclusión *negativa* del titular de esferas de derechos individuales tiene en esto más bien su sentido *positivo*, en tanto es por lo general indispensable para una existencia auto-determinada de las personas involucradas.⁶³ Aquello que en general ofrece al individuo la oportunidad de *conducir* su propia vida, es decir, de mantener en sus manos la propia representación de la forma de conducción que fue elegida por él es la certeza de su estado de reconocimiento jurídico formal —hablando cotidianamente: del reconocimiento de su derecho de ser dejado en paz—. ⁶⁴ Por consiguiente, la competencia para la exclusión continúa siendo importante en la medida en que el concepto jurídico ya no se agota en ella.

El razonamiento mencionado anteriormente no hace más que conceptualizar una concepción “pre-teórica”, accesible a la comprensión del ser humano individual. Razonablemente, tampoco puede privarse de esta concepción al destinatario de la intervención. Él, por lo tanto, no puede menos que admitir que, para otorgarle un significado adecuado a su deseo de autodeterminación, *no puede considerarse a sí mismo ni a su conciudadano solamente como personas, sino que él y el otro deben ser entendidos, además, como sujetos*. El concepto de sujeto posibilita entender como una demanda legítima, según la teoría de la libertad, al interés de quien interviene para salvar aquellos bienes propios que para él son de trascendencia existencial.

Este fundamento se puede recapitular brevemente: la *persona* es la “voluntad que es para sí, o voluntad abstracta”.⁶⁵ Desprovista de toda particularidad, carece de biografía; ella se agota en sus relaciones individuales con otras personas, por decirlo así, sin remanentes. Distinto es el caso del *sujeto*: ha superado la carencia de cualidades de la persona. El hombre que ha aprendido a comprenderse como sujeto, “quiere que él mismo esté en todo aquello que él hace”.⁶⁶ él sabe que es, y quiere ser el autor responsable por sí mismo de su proyecto de vida. Lo que le ocurre o amenaza ocurrirle lo tematiza de forma coherente desde el punto de vista de su importancia biográfica —que es un punto de vista inaccesible para la persona—. Por ese motivo, desde el punto de vista del sujeto, también entran en consideración las *consecuencias* que generaría una inminente pérdida de bienes en su posterior conducción de vida. Los proyectos de vida trascienden al presente al que su creador está confinado. Su función biográfica consiste en enlazar el pasado, el presente y el futuro entre sí: ellos deben tomar del pasado su obsolescencia, del presente, su intangibilidad y del futuro, su contingencia.⁶⁷ Desde esta perspectiva, el peligro de la pérdida del bien jurídico fundamental —principalmente, de la vida— significa que se amenaza al

7, § 35 Z, p. 95). En vista a la diferente estimación del sujeto por parte de HEGEL, naturalmente, no debería sobrevalorarse esta usual observación aislada de una posdata de un oyente de una clase magistral.

⁶³ TAYLOR, en EL MISMO, *Negative Freiheit?*, 1988, pp. 119 ss.

⁶⁴ ANGEHRN, *Freiheit und System bei Hegel*, 1977, p. 190; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1994, pp. 113 ss.; HONNETH, *Kampf um Anerkennung*, 1994, p. 283; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 41 ss.; EL MISMO, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 16 ss. Si el individuo utiliza esa chance, es algo que obviamente se deja en manos del individuo mismo; el derecho no puede obligar a nadie a conducir una vida plena de sentido.

⁶⁵ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 35 Z, p. 95.

⁶⁶ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 107, p. 205.

⁶⁷ Una reciente corriente teórica llega incluso tan lejos como para considerar a la clásica “cuestión” filosófica de la “identidad de uno mismo” (RICOEUR, *Das Selbst als ein Anderer*, 1996, p. 9), como un problema de la “identidad narrativa” en su conjunto (fundamental RICOEUR, *Zeit und Erzählung*, t. 1, 1988, pp. 87 ss., y t. 3, 1991, pp. 392 ss.; además HAKER, *Moralische Identität*, 1998, pp. 15 ss.; MEUTER, *Narrative Identität*, 1995, pp. 122 ss. y 245 ss.). Un resumen en KRAMER, *Lebensgeschichte, Authentizität und Zeit*, 2001.

afectado con la posibilidad de que su futuro sea recortado y de que, de este modo, su proyecto de vida se fragmente. Por consiguiente, no sólo se ve cuestionada su capacidad de continuar su propia existencia como sujeto *en el futuro*; lo que para él está en juego es fundamentalmente el horizonte de sentido de su existencia *presente*.

El interés del amenazado en la salvación de aquellos bienes propios cuya pérdida, en la opinión de un público imparcial de sus co-sujetos, le afectaría *existencialmente*, debe ser reconocido por éste último como una manifestación legítima fundamental de sus intereses en tanto sujeto. Con ello se ha dado el primer paso de la sucesión argumental esbozada en el apartado 3.1; se ha puesto de manifiesto que no sólo el interés del destinatario de la intervención, sino también ciertos intereses contrarios de quien interviene, tienen en sí mismos relevancia normativa *fundamental*. Sin embargo, todavía no se ha respondido a la pregunta relativa a la importancia que tienen estos intereses contrapuestos *en la situación de conflicto característica del estado de necesidad exculpante*: ¿Determinan tales intereses a que se pueda sostener la consecuencia jurídica de la impunidad, incluso en el caso de intervenciones masivas en la esfera jurídica de un “inocente”? Este aspecto del problema se examinará a continuación.

3.3. El supuesto básico del estado de necesidad exculpante

Con fines explicativos conviene recurrir al caso básico clásico de estado de necesidad exculpante:⁶⁸ el de dos adversarios en un conflicto de “vida contra vida” que no ha sido generado por ellos. Si se analiza este conflicto desde el prisma del derecho puramente negativo de la *persona*, se llega a la conclusión que ya sabemos: no hay ningún fundamento aceptable para prescindir de una sanción contra quien realiza la intervención; en efecto, el azar, que desencadena la necesidad de uno y deja de lado al otro, también tendría la última palabra en términos jurídico penales. Otro será probablemente el juicio si se toma por base la categoría de *sujeto* anteriormente delineada.

Sin embargo, este otro juicio no resulta evidente desde un principio. El sujeto pudo ser anteriormente apostrofado como “la verdad de la persona”, sólo porque él —por principio, de la misma manera que la persona— tiene que reconocer el estatus de igualdad, en materia de derechos, que poseen sus co-sujetos y, por lo tanto, tiene que ajustar su comportamiento —sometiéndose a un patrón de generalización—. ⁶⁹ Negar la referencia intrínseca (también) del sujeto a los otros sería, en lugar de profundizar en la idea de libertad jurídica, una expresión a favor del regreso a un “estado de naturaleza” pre-normativo. Si desde este trasfondo se plantea la pregunta relativa a si puede estar *permitida* la salvación del propio proyecto de vida como *conditio sine qua non* del sacrificio de un otro “inocente”, se impone una clara respuesta negativa; una autorización de esta clase implicaría otorgarle un bajo valor a la biografía ajena y sería, por esa razón, incompatible con el principio de la igualdad de todo ciudadano. Por consiguiente, el acceso a la vida ajena “inocente” con el propósito de la conservación de la propia también resulta ilegítimo desde el punto de vista del sujeto. Frente a esto, el destinatario de la intervención tiene

⁶⁸ BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, pp. 38 y 43.

⁶⁹ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821 § 134, p. 251. HEGEL critica, sin embargo, la formalidad e imprecisión de la versión kantiana del principio de generalización.

un derecho a la legítima defensa.

De todos modos, este diagnóstico no excluye la posibilidad de que la acción de quien se encuentra en peligro pueda quedar impune en virtud de *otro* fundamento sistemáticamente posterior. En la discusión *sobre esta* pregunta ya no puede desempeñar ningún papel el diagnóstico de que la intervención en cuestión carece de capacidad de ser generalizada. En caso contrario, los intereses del destinatario de la intervención tenidos en cuenta en este juicio se habrían esgrimido por *segunda vez* en perjuicio de quien interviene —un procedimiento que, nuevamente, culmina en dar preferencia a una parte, algo ilegítimo desde el punto de vista de la igualdad (esta vez, una preferencia por el destinatario de la intervención)—. Por lo tanto, este interés sólo puede ser considerado para dar cuenta de cada una de las pérdidas en las biografías de ambos adversarios. En el marco de este emprendimiento —como ya se ha mencionado— surge la pregunta de con qué grado de intensidad han sido afectados los adversarios, a partir de cada una de las pérdidas con las que se veían amenazados. Dado que la uniformidad de un proyecto de vida está constituida tanto por la herencia de su pasado como por referencias al futuro, debe discutirse, por otro lado, la cuestión de si uno de los adversarios se habría “*imputado a sí mismo*” su pérdida, debido a su anterior conformación existencial; esto es, si él, por lo tanto, “*merecería*” esa pérdida.⁷⁰ En el ejemplo fundamental de estado de necesidad exculpante debatido en este trabajo, las partes en conflicto cuentan recíprocamente con el mismo valor desde ambos puntos de vista: sus respectivas biografías amenazan con fracasar en su totalidad —es decir, no sólo en un aspecto secundario, relativo—; y ninguno de los dos fue culpable de la situación de peligro. El hecho de que los intereses en cuanto sujeto [*Subjekt-Belange*] de quien interviene no sean inferiores a los correspondientes intereses de su adversario distingue esencialmente el presente caso de aquella intervención que normalmente sería apta para dar lugar a un hecho punible. Según la concepción aquí defendida, el legislador penal ha tenido en cuenta esta peculiaridad, en la medida en que exculpa y, por tanto, exime de pena a intervenciones indispensables para la prevención del peligro.⁷¹

Esta concepción del estado de necesidad exculpante tiene una contracara no menos importante para su interpretación: así, este instituto jurídico no puede proceder, *en primer lugar*, allí donde los intereses en cuanto sujeto de quien interviene no se encuentran en peligro de modo considerable desde el principio. Una invocación del estado de necesidad exculpante tampoco entra en consideración, *en segundo lugar*, cuando el perjuicio de los correspondientes intereses del destinatario de la intervención es esencialmente superior a la descarga que el autor logra por medio de la intervención. Finalmente, *en tercer lugar*, el uso de la categoría de sujeto plantea

⁷⁰ En profundidad sobre el fundamento basado en la teoría de la libertad de este criterio PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 121 ss.

⁷¹ Según KÖHLER, la situación de conflicto captada por el § 35 apdo. 1, frase 1 StGB no se produce en el nivel sistemático de la culpabilidad; más bien demuestra “el límite del comportamiento jurídico estatal y su validez general libre de contradicciones”. Por esa razón se trata para él solamente de una “exclusión del ilícito penal por ausencia de una norma (penal) [nota del autor: infringida] de eficacia general” (KÖHLER, AT, 1997, pp. 329 ss.; referencias en la p. 661). También BERNSMANN considera inadmisibles sostener la impunidad del autor en estado de necesidad, en la constelación de casos aquí tratada, sobre la base del punto de vista de la ausencia de culpabilidad; interviene, por el contrario, una causal de exención de pena (BERNSMANN, “*Entschuldigung*” durch Notstand, 1989, pp. 379 ss.). Ninguna de estas dos interpretaciones tienen suficientemente en cuenta el peso normativo de la posición del autor en estado de necesidad.

problemas particulares en aquellos supuestos en los que el interviniente y el beneficiario no son idénticos. El siguiente y último apartado de la presente exposición está dedicado al tratamiento de estas cuestiones. Allí se desarrolla con detalle el modelo de legitimación aquí propuesto; al mismo tiempo, se demuestra que la disposición de Derecho positivo relativa al estado de necesidad exculpante (§ 35 apdo. 1, StGB) se puede explicar satisfactoriamente. Pero antes se tratará de modo conciso la relación de esta concepción con los enfoques alternativos de fundamentación que han sido criticados previamente. Se retomará y se desarrollará la *parte esencial* del contenido de esas concepciones —la referencia a la situación de excepción con la que quien realiza la intervención se ve obligado a enfrentarse en vista de su peligro existencial—. En cambio, en lo que se refiere a los aspectos *metodológicos* de estas explicaciones, se recorren nuevos caminos: estos nuevos caminos superarán la “orfandad” de fundamentación teórica de la mencionada argumentación, al señalarle a esta última el lugar que le corresponde dentro de la idea de libertad en sentido jurídico. De esta manera, el presente modelo de legitimación conseguirá, además, poner de manifiesto el estrecho parentesco que existe entre el estado de necesidad exculpante y el estado de necesidad justificante; dicho de forma gráfica, los ingredientes normativos de ambas clases de estados de necesidad son iguales, y sólo varía la proporción en que se encuentran mezclados.

4. La legitimidad de la regla del estado de necesidad del § 35 apdo. 1 StGB

4.1. Peligro considerable para los intereses en cuanto sujeto de quien realiza la intervención

a) Primacía de las instituciones

Así pues, la exculpación de una intervención en estado de necesidad sólo entra en consideración si los intereses en cuanto sujeto de quien interviene peligraban de un modo normativamente considerable. En esta exigencia radica la condición básica y también el umbral de entrada del estado de necesidad exculpante. Por tanto, la invocación de este instituto jurídico está, en principio, excluida allí donde se le contraponga la primacía de las instituciones.

¿Qué significa esto? Se ha dicho anteriormente que los roles de sujeto de los participantes del conflicto pasan por encima de sus roles básicos de persona. Sin embargo, los adversarios nunca se enfrentan el uno contra el otro como personas o sujetos “*per se*”. Expresado en estos términos, los elementos de su libertad jurídica más bien se modelan nuevamente debido a su calidad de *ciudadanos* de una comunidad que busca procesar las crisis y los conflictos prioritariamente a través de caminos *institucionales*.⁷² Las instituciones establecidas para esta tarea —por ejemplo, tribunales de justicia, autoridades policiales y de seguridad, autoridades administrativas— están obligadas a actuar imparcialmente y tienen que observar en su actuación la diversa regulación procesal. Por este motivo, ellas pueden hacer uso para sus fines de una medida de poder persuasivo claramente superior a la de un ciudadano individual que actúa “por su cuenta” (y además, principalmente, en interés propio). Por lo tanto, en estos casos, la medida en la que los

⁷² Al respecto, en profundidad, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 179 ss.

intereses en cuanto sujeto de los destinatarios de la norma merecen consideración se define *en último término* a través de sus roles de ciudadano. Por esa razón, no existe una posibilidad de libre ejercicio de aquellos intereses por parte de los afectados. En la terminología de la ley, el significado se traduce así: cuando el autor de la intervención tenía a disposición un *procedimiento estatal para prevenir o evitar su situación de necesidad* y no se sirvió de aquél, o lo hizo sin resultado, se le debe negar la posibilidad de apelar al estado de necesidad exculpante conforme al § 35 apdo. 1, frase 2 StGB.⁷³

La alegación de que las instituciones tienen primacía solamente se puede oponer a los ciudadanos bajo la condición de que estas instituciones, por su parte, les provean de las prestaciones que les incumben respecto de la protección de la libertad de los mencionados ciudadanos. Especialmente, a los ciudadanos se les ha de garantizar *las condiciones previas para una vigencia organizada del Derecho* (con las fuerzas de seguridad y la justicia en el centro), así como, naturalmente, *condiciones mínimas que posibiliten la existencia como sujeto* (piénsese en las medidas de protección contra catástrofes y en la asistencia médica).⁷⁴ Esta interconexión cuasi-sinalagmática sería incompatible con la posibilidad de que el titular de los respectivos roles profesionales pudiese sustraerse de la responsabilidad, quedando sin pena, en casos de peligros específicos, derivados de sus tareas. En este sentido, se descarta una apelación al estado de necesidad exculpante.⁷⁵

En el grupo de casos tratados anteriormente ni siquiera se justifica una atenuación de la pena. Sólo mientras el Derecho penal insista en una estricta contención institucional de los conflictos podrá dar cuenta de su eficacia como conjunto de reglas que rigen la convivencia pacífica y ofrecer a los ciudadanos una infraestructura de *libertad asegurada*. Por estas razones, la exigencia a los ciudadanos de respeto a la primacía de las instituciones también allí cuando en el caso concreto ese respeto los hiere, no tolera ninguna relativización.⁷⁶

⁷³ Esto vale incluso para el caso de una sentencia materialmente ilegítima. Del mismo modo HIRSCH, *LK*, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 60 ss.; RUDOLPHI, *SK*, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 12; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/14; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 44 III 3; ROXIN, *AT*, t. 1, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 42. Menos estrictos LENCKNER/PERRON, *Schönke/Schröder*, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 26; MÜSSIG, *MüKo*, 2003, § 35, nm. 67; NEUMANN, *NK*, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 12; KÜHL, *AT*, 4ª ed., 2002, § 12, nm. 79; BERNSMANN, „*Entschuldigung durch Notstand*“, 1989, pp. 433 ss. También para el estado de necesidad justificante reclama la validez de la primacía del procedimiento estatal: PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 218 ss.

⁷⁴ Al respecto, en específico MÜSSIG, *MüKo*, 2003, § 35, nm. 59 ss.

⁷⁵ LENCKNER/PERRON, *Schönke/Schröder*, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 23; MÜSSIG, *MüKo*, 2003, § 35, nm. 61 ss.; NEUMANN, *NK*, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 41; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/13. Por otro lado, lo mismo vale para el estado de necesidad justificante: al respecto PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 215 ss.; Las personas que asumieron deberes de protección respecto de otras personas (ejemplo: guías de montaña privados), no encuentran lugar en este contexto, en contra de una opinión defendida por parte de la doctrina (HIRSCH, *LK*, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 53; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 44 III 2 b; NEUMANN, *NK*, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 22; MÜSSIG, *MüKo*, 2003, § 35, nm. 60; ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 39; RUDOLPHI, *SK*, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 12), pues su competencia no es institucional, sino fundamentada de modo jurídicamente abstracto. (La clasificación de figuras de fundamentos de competencias que aquí se utiliza se encuentra desarrollada en profundidad en PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 128 ss.) Por consiguiente, la responsabilidad de esta clase de personas, junto con la de los causantes del peligro, se encuentra sistemáticamente en un nivel que tiene como consecuencia la posibilidad de una atenuación de la pena.

⁷⁶ La técnica legislativa permite alcanzar este resultado, mediante la subsunción de los mencionados ejemplos bajo la noción de “especial relación jurídica”; por esta razón resulta inviable la posibilidad de una atenuación de pena a partir del § 35 apdo. 1, frase 1, segunda cláusula principal, *in fine*, StGB. En la literatura sobre estado de

b) Ausencia responsabilidad de quien realiza la intervención en virtud de su estado de necesidad

Uno de los mayores déficits de la interpretación hobbesiana del estado de necesidad y de aquellas interpretaciones centradas en la especial “presión en la motivación” del autor radica en que no son capaces de justificar de modo convincente por qué la persona en cuestión tiene mayor responsabilidad debido a sus *actos de organización previos*. La concepción aquí propuesta no tiene dificultades de ese tipo. El ciudadano individual exige, como *sujeto*, la libertad para organizar su propia vida, una libertad que está secundada y protegida principalmente a través de su facultad *personal* de excluir a su conciudadano de su ámbito de organización. En el Derecho como un sistema de *libertades iguales* no se puede llevar a cabo una primacía de organización sin una correspondiente primacía de responsabilidad. De lo contrario, se perjudicaría a los destinatarios de eventuales intervenciones en estado de necesidad (literalmente) “sin haberlo merecido”: ellos participarían en los riesgos específicos de la organización ajena, sin sacar provecho de los posibles privilegios. Por este motivo, según la concepción aquí defendida, es competente, en especial, quien se expone a riesgos que no son ubicuos y quien no tenía motivos razonables para asumirlos según los modelos de valoración de su sociedad. En la terminología del § 35 apdo.1, frase 2 StGB, dicho sujeto ha “causado por sí mismo” el peligro al que está sometido y, en consecuencia, no puede apelar al estado de necesidad exculpante.⁷⁷

En el caso del estado de necesidad justificante la situación jurídica es, en este sentido, distinta, en la medida en que en él la culpa por la situación de necesidad de quien interviene conduce por lo general sólo a un endurecimiento de los requisitos para la justificación, pero no, además, a una completa exclusión del derecho del estado de necesidad.⁷⁸ Sin embargo, esta diferencia puede explicarse sin problemas dentro del marco conceptual aquí propuesto. Los requisitos de justificación en el estado de necesidad justificante son tan exigentes —especialmente, cuando dichos requisitos aumentan a causa de la responsabilidad de quien realiza la intervención en virtud de su estado de necesidad—, que la protección del destinatario de la intervención también

necesidad, esta decisión resulta especialmente controvertida para los deberes legales de soportar. A menudo se clasifican estos casos en la cláusula general de exigibilidad del § 35 apdo. 1, frase 2 StGB para sostener la opción de una atenuación de pena (FISCHER, *StGB*, 50ª ed., 2001, § 35, nm. 13; HIRSCH, *LK*, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 55 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 44 III 3; KREY, *AT*, t. I, 2001, nm. 727; NEUMANN, *NK*, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 52; ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 42; por el contrario, al igual que aquí EBERT, *AT*, 3ª ed., 2001, p. 108; KÜHL, *AT*, 4ª ed., 2002, § 12, nm. 77 ss.; LENCKNER/PERRON, *Schönke/Schröder*, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 24 ss.; MÜSSIG, *MüKo*, 2003, § 35, nm. 67; RUDOLPHI, *SK*, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 12; STRATENWERTH, *AT*, t. I, 4ª ed., 2002, § 10, nm. 110.

⁷⁷ Si bien la interpretación del criterio de la “causación del peligro” resulta controvertida en sus particularidades, la doctrina mayoritaria sigue la línea aquí defendida. De ese modo, un grupo de opinión guiada por ROXIN, requiere una “infracción de cargas” por medio de una (auto) puesta en peligro sin sentido, que podía dar lugar a una situación de estado de necesidad “previsiblemente” (ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 46; del mismo modo BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 10ª ed., 1995, § 23, nm. 7; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 287 ss.; KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 2002, § 35, nm. 11; KÜHL, *AT*, 4ª ed., 2002, § 12, nm. 63 ss.; NEUMANN, *NK*, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 35 ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6ª ed., 2000, § 14, nm. 12; similar JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/16 [“asumir riesgos especiales sin motivo jurídicamente razonable”]. Una posición algo más restrictiva defiende RUDOLPHI: el autor debió haber causado el peligro en un sentido objetivamente violatorio de un deber (RUDOLPHI, *SK*, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 49; MAURACH/ZIPF, *AT*, 8ª ed., 1992, § 34, nm. 5; WESSELS/BEULKE, *AT*, 32ª ed., 2002, nm. 441).

⁷⁸ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 286 ss.

es muy amplia, siendo así que la estrecha zona de injerencias admisibles puede basarse sin más en una clara superioridad de aquel interés en cuanto sujeto del autor en estado de necesidad. Cuando, por el contrario, se trata de intervenciones que incluso pueden destruir la existencia física de otro ciudadano “inocente”, las condiciones iniciales son completamente distintas. En este caso, los intereses en cuanto sujeto del destinatario de la intervención adquieren una importancia extraordinariamente elevada a la luz de la suma de la potencial intensidad de la intervención y de la “inocencia” de aquél. Para lograr una igualación con el destinatario de la intervención (que, como se ha visto, constituye el requisito de aplicación del estado de necesidad exculpante), quien realiza la intervención debe ser, de modo característico, ser también “inocente” de su situación de necesidad.⁷⁹

c) Inminente frustración del proyecto de vida del autor

En el apartado 2.2 se ha demostrado que la propia pretensión de libertad del destinatario de la intervención sólo puede ser expresada correctamente en la medida en que dicho destinatario sea considerado (no sólo en cuanto persona, sino además) en cuanto sujeto. Por este motivo, el ordenamiento jurídico-penal también le puede exigir que reconozca a la contraparte como sujeto. Porque si él rehúsa rotundamente ese reconocimiento en cuanto sujeto, se estaría atribuyendo a sí mismo un estado normativo privilegiado que, desde el punto de vista de la igualdad, el ordenamiento jurídico-penal no puede tolerar. A través de la percepción de sí mismo y de su contraparte en cuanto sujetos, el destinatario de la intervención no abandona su pretensión inicial de libertad, sino que él únicamente hace suyo un entendimiento razonable de esa pretensión. El derecho de la persona mantiene un rango elevado. Resultaría incompatible con esta concepción que quien realiza la intervención debiera, para manifestar su estatus de sujeto, explicar su proyecto de vida y la necesidad de disponer de ciertos bienes para su realización *en su totalidad*. Por ese motivo, el destinatario de la intervención solamente debe reconocer, como normativamente relevante, la pretensión de quien interviene, *en definitiva*, como sujeto que sigue presente. Dicho de otro modo: quien interviene debe poder explicar plausiblemente que el interés amenazado representa una *condición de posibilidad fundamental* de su proyecto de vida, esto es, que en caso de pérdida del bien, este proyecto de vida quedaría destruido o se deformaría de modo duradero.⁸⁰ Desde esta perspectiva, la idoneidad en el marco del estado de necesidad del bien jurídico “vida” es poco problemática, pues la vida es la “totalidad de los propósitos” de un hombre,⁸¹ y, por ese motivo, su pérdida simboliza una “infinita herida de la existencia” del afectado.⁸² Por el contrario, en lo que al “cuerpo” se refiere, su función posibilitadora de la subjetividad solamente entra en consideración cuando se amenazan lesiones graves, o bien

⁷⁹ Si bien el peso de los intereses en cuanto sujeto del autor en estado de necesidad disminuye como consecuencia de su responsabilidad por la creación de su situación de necesidad, estos intereses, a diferencia de lo que sucede en el marco de las relaciones jurídico institucionales, no se deforman en su conjunto. Por ese motivo merece aprobación la decisión de legislador de permitir la posibilidad de una atenuación de la pena para el grupo de casos de “causación del peligro” § 35 apdo. 1, frase 2, segunda cláusula principal, *in fine*, StGB).

⁸⁰ También este requisito vale, en principio, de igual modo para el estado de necesidad justificante que para el estado de necesidad exculpante, debido a que se apoya en consideraciones generales sobre la relación entre libertad personal y libertad subjetiva. Sobre el estado de necesidad justificante: PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 150 ss.

⁸¹ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 127 Z, p. 240.

⁸² HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 127, p. 240.

irreparables o, en todo caso, de imposible reparación dentro de un período de tiempo apreciable.⁸³ Según esto, respecto de las disminuciones de la libertad física de acción puede decirse lo siguiente: sólo el peligro de perder libertad de modo continuo y duradero, con exclusión de las pérdidas derivadas de relaciones jurídicas institucionales, fundamenta la posibilidad de un estado de necesidad exculpante.

Así como el texto de la norma del § 35, apdo. 1 StGB requiere una interpretación limitadora, según lo expresado anteriormente el precepto resulta ya por demás restrictivo en otro punto: a diferencia de la regulación del estado de necesidad justificante, en el § 35, apdo. 1, frase 1 StGB, la propiedad y el patrimonio se encuentran excluidos desde el principio del círculo de los bienes jurídicos susceptibles de quedar abarcados por un estado de necesidad exculpante.⁸⁴ De todos modos, esta estricta exclusión debe ser objeto de discusión, pues la pérdida del patrimonio o de una cosa insustituible puede contrariar el proyecto de vida del afectado de un modo no menos duradero que una merma en su integridad corporal o en su libertad de locomoción. No obstante, no se debe sobrevalorar la importancia práctica de la divergencia entre el precepto relativo al estado de necesidad exculpante y aquél relativo al estado de necesidad justificante. Las consecuencias de la escasez de dinero son normalmente susceptibles de ser tratadas en el marco de un procedimiento estatal y, por ese motivo, tampoco pueden fundamentar una situación de estado de necesidad en los términos del § 34 StGB.⁸⁵ No obstante, quedan casos problemáticos en los cuales, según la interpretación propuesta en este trabajo, sería absolutamente aceptable, en términos axiológicos, la apertura de una posibilidad de exculpación.⁸⁶ Ahora bien, de todos modos, una ampliación de estas características no resulta normativamente indispensable. La delimitación restrictiva de los bienes susceptibles de dar lugar a un estado de necesidad del § 35 apdo. 1, frase 1, StGB conlleva la imposibilidad de exculpación por intervenciones en este grupo de casos y se puede comprender y justificar como una concesión a la importancia de la libertad del destinatario de la intervención. Así, a través de una estricta tipificación de los intereses aptos para dar lugar a un estado de necesidad se debe limitar y debe resultar previsible el riesgo que surgiría para el destinatario de la intervención a través de la admisión, por vía de principios, de

⁸³ La dogmática tradicional es, en ese sentido, notablemente más generosa. Consecuentemente, sólo peligros insignificantes para la integridad corporal se encuentran excluidos desde el comienzo del ámbito de aplicación del § 35 apdo. 1 StGB (BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 10ª ed., 1995, § 23, nm. 32; EBERT, AT, 3ª ed., 2001, p. 107; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, § 44 I 1; KÜHL, AT, 4ª ed., 2002, § 12, nm. 32; LENCKNER/PERRON, *Schönke/Schröder*, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 6/7; MAURACH /ZIPF, AT, 8ª ed., 1992, § 34, nm. 13; OTTO, AT, 6ª ed., 2000, § 14, nm. 13; ROXIN, AT, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 25; STRATENWERTH, AT, t. I, 4ª ed., 2002, § 10, nm. 103). Incluso esta posición generó críticas. Así, para NEUMANN esto no depende del peso absoluto, sino (exclusivamente) del peso relativo de los intereses de los intervinientes: de allí que la dimensión del perjuicio a la integridad corporal amenazado se localice en la pregunta de la proporcionalidad de la acción de salvamento (NEUMANN, NK, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 15).

⁸⁴ Para la doctrina absolutamente dominante, una aplicación analógica del § 35 apdo. 1, frase 1, StGB a otros bienes jurídicos además de los allí mencionados está excluida (KÜHL, AT, 4ª ed., 2002, § 12, nm. 26; LENCKNER/PERRON, *Schönke/Schröder*, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 4; NEUMANN, NK, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 13; ROXIN, AT, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 23; RUDOLPH, SK, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 5).

⁸⁵ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 221 ss.

⁸⁶ Ejemplo (extraído de TIMPE, *JuS*, 1984, p. 863): el autodidacta que se ve amenazado por la destrucción del manuscrito en el que trabaja desde hace 20 años.

un estado de necesidad exculpante.⁸⁷

4.2. Ausencia de predominio esencial de los intereses en cuanto sujeto del interviniente

El estado de necesidad exculpante debe su legitimidad a que se le requiera al destinatario de la intervención que entienda como sujeto (también) a su adversario: aquél no debe negarle a este último un *status* normativo, que deba reclamar para sí mismo para un adecuado entendimiento de sus propios intereses de libertad. Evidentemente, la inadmisibilidad de conceder un privilegio unilateral para uno mismo no solamente vale para el destinatario de la intervención, sino también para quien interviene. En efecto, este último puede *oponer* sus intereses en cuanto sujeto a los de su adversario, pero no puede *ponderarlos como superiores* sólo por el hecho de que son los suyos. Por lo tanto, el ámbito de aplicación del estado de necesidad exculpante debe quedar limitado, en lo esencial, a los casos en que los intereses en cuanto sujeto del interviniente que se ven involucrados tengan aproximadamente el mismo peso que los intereses del destinatario de la intervención.⁸⁸ Sin embargo, el interviniente se encuentra en una situación crítica poco común, lo cual le dificulta de modo notable una percepción y una evaluación prudentes de los intereses en pugna. Esto sugiere que se le debería conceder una amplia prerrogativa de evaluación, cuyos límites naturalmente se encuentran allí donde se impone, literalmente, una determinada evaluación. Esta última situación se presenta cuando el perjuicio de los intereses en cuanto sujeto del destinatario de la intervención es *esencialmente mayor* que la exculpación que el autor logra con ayuda de su intervención. Por consiguiente, en tales supuestos es imposible invocar el estado de necesidad exculpante.⁸⁹

Cuando, para salvar uno de sus bienes, el autor en un estado de necesidad interviene en los bienes de *un único* adversario, la determinación de límites que se ha mencionado solamente conduce a problemas en casos límite poco frecuentes.⁹⁰ ¿Pero qué sucede si el autor, para salvar

⁸⁷ No obstante, en casos como los mencionados está disponible la concesión de una atenuación de la pena (así también JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 20/9; TIMPE, JuS, 1984, pp. 863 ss.). STRATENWERTH y KÖHLER abogan incluso, en ejemplos de este tipo, por una aplicación analógica del § 35 StGB (STRATENWERTH, AT, t. I, 4ª ed., 2002, § 10, nm. 104; KÖHLER, AT, 1997, 1997, p. 335).

⁸⁸ Del mismo modo BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, p. 411.

⁸⁹ Coinciden, en los resultados, BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, pp. 141 ss.; LUGERT, Zu den erhöhten Gefährtragungspflichten im differenzierten Notstand, 1991, pp. 114 ss.; MÜSSIG, MüKo, 2003, § 35, nm. 34; NEUMANN, NK, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 49. La opinión predominante amplía —con diferentes formulaciones individuales— el círculo de la posibilidad de exculpación por estado de necesidad: se debe estar en presencia de una “proporcionalidad segura” (LENCKNER/PERRON, Schönke/Schröder, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 33; esencialmente sentido idéntico KINDHÄUSER, Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 2002, § 35, nm. 5; KÜHL, AT, 4ª ed., 2002, § 12, nm. 87 ss.; OTTO, AT, 6ª ed., 2000, § 14, nm. 13); la acción de salvamento “no debe ser desproporcionada” (RUDOLPHI, SK, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 10b; STRATENWERTH, AT, t. I, 4ª ed., 2002, § 10, nm. 106), “claramente desproporcionada” (HIRSCH, LK, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 62), estar “fuera de toda proporción” (ROXIN, AT, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 54), respectivamente, en comparación con el daño ocasionado.

⁹⁰ Un caso extremo de este tipo se presenta, especialmente, con la muerte de otra persona para la prevención de un perjuicio en la integridad corporal. Que la lesión corporal amenazada debe ser grave se deduce ya de la discusión del apartado 4.1.c). Pero con esto la cuestión no queda zanjada. A causa de la especial calidad de vida como “totalidad de las finalidades” de su poseedor, la lesión corporal que amenaza al autor en estado de necesidad debe dar lugar a una extraordinariamente “extensiva” frustración de sus chances de vida. Esto regularmente se produce sólo a través de daños corporales irreparables, u otros especialmente graves (similar HIRSCH, LK, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 63; LENCKNER/PERRON, Schönke/Schröder, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 33; NEUMANN, NK, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 50; ROXIN, AT, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 54; con una tendencia

su bien, debe intervenir en la esfera jurídica de *varias* personas? ¿Se encuentra también exculpado, por ejemplo, aquel que, para salvar su propia vida, le quita la vida a otras cinco personas?⁹¹ Si se *sumasen* los bienes destruidos, habría una buena razón para dudar, en esta medida, de la posibilidad de una exculpación.⁹² Sin embargo, una forma de proceder semejante pasaría por alto que la referencia a *cada proyecto de vida individual* se encuentra inscrita en el concepto de sujeto. Sujeto –autor de su propia vida– sólo puede ser cada uno respecto de sí mismo. Del mismo modo, la comparación de intereses en cuanto sujeto sólo puede darse, así, en relación con dos proyectos de vida concurrentes. Conforme a esto, en el lado de los múltiples destinatarios de la intervención no hay un interés general compacto, sino una pluralidad de intereses individuales que se sustraen de la suma y, por lo tanto, cada uno debe ser comparado individualmente con los intereses en cuanto sujeto del interviniente.

En este punto, la situación jurídica del estado de necesidad exculpante se diferencia de la del estado de necesidad justificante; en esta última, a diferencia de la que nos ocupa, se presenta, por fundamentos sistemáticos, la suma de los intereses disminuidos de los distintos propietarios de bienes jurídicos.⁹³ La prevención de los peligros para ciudadanos individuales no es una carga – a excepción de posiciones derivadas de deberes especiales (por ejemplo, profesionales) – para los conciudadanos como tales, sino que el cumplimiento de esta tarea es una carga de la comunidad solidaria de la ciudadanía considerada en conjunto que, a ese fin, cuenta con un amplio aparato de autoridad. Aun así, esta red institucional se muestra en el caso concreto todavía como una red de mallas demasiado amplias. Y, por este motivo, el autor del estado de necesidad puede acceder directamente a los bienes jurídicos de sus conciudadanos individuales, siendo así que estos conciudadanos son los que representan en tal caso a la comunidad de solidaridad. Por ello, cuando estos últimos sacrifican los bienes en cuestión, ello no puede entenderse sólo como sacrificio de sus correspondientes intereses en cuanto sujetos, sino que en ello concurre también una prestación al autor realizada por la comunidad de solidaridad en su conjunto.⁹⁴ Sin embargo, este aspecto de los presupuestos fácticos del estado de necesidad se valora debidamente si se considera a la contribución, en ese sentido, como una unidad. En el caso de varios destinatarios de la intervención, esto requiere una suma del sacrificio de cada uno de ellos. En cambio, la “mera” intervención en estado de necesidad exculpante no puede interpretarse como la exigencia de un deber de solidaridad; con este fundamento, el nivel interpretativo del “ciudadano”, que se acaba de mencionar, permanece cerrado. Como se ha visto, sobre la base de pura(s) aflicción(es) subjetiva(s), no puede justificarse una regla de adición.

más restrictiva BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, p. 412: debe ser una amenaza de “lesión corporal que afecte el proyecto de vida un modo similar a la muerte”).

⁹¹ En las consecuencias por lo general se contesta afirmativamente a esta pregunta (BGH, NJW 1964, 730 ss.; BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, pp. 408 ss.; HIRSCH, LK, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 63; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 20/8; LENCKNER/PERRON, Schönke/Schröder, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 33; MÜSSIG, MüKo, 2003, § 35, nm. 34; NEUMANN, NK, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 50; ROXIN, AT, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 54.

⁹² Esta circunstancia se confronta, especialmente en la teoría de la doble disminución de la culpabilidad, con un problema de fundamentación prácticamente insuperable (al respecto BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, p. 377).

⁹³ En ese sentido PAWLIK, Der rechtfertigende Notstand, 2002, pp. 266 ss. La siguiente argumentación completa y modifica la fundamentación allí expuesta.

⁹⁴ PAWLIK, Der rechtfertigende Notstand, 2002, pp. 110 ss. y 120 ss.

4.3. Problemas especiales en las relaciones tripartitas

Junto con los presupuestos fácticos que dan lugar a un estado de necesidad para quien se encuentra en peligro, el § 35 apdo. 1, frase 1 StGB prevé también la exculpación de los actos de quien presta ayuda en una situación de estado de necesidad, actuando a favor de un pariente o de otra persona allegada. La ampliación latente en este precepto de la posibilidad de exculpar no está, de ninguna manera, libre de problemas. Y es que una regulación de este tipo implica, para el destinatario de la intervención, una intensificación de su riesgo, pues con la admisión de intervenciones de terceros aumenta la posibilidad de encontrarse con adversarios contra los que no pueda oponer resistencia.⁹⁵ ¿Cómo puede legitimarse esta exigencia adicional del legislador frente al destinatario de la intervención? También se puede responder fácilmente a esta pregunta partiendo de las consideraciones hechas anteriormente.

Como hemos visto, la legitimidad del estado de necesidad exculpante en conjunto se basa en el hecho de que no sólo el destinatario de la intervención, sino también quien se encuentra en peligro puede invocar un importante elemento normativo de la idea jurídica de libertad. En el caso del destinatario de la intervención, dicho elemento es, primariamente, el aquí llamado *derecho de la persona*. Por regla general, las lesiones a este derecho pueden ser repelidas a través de legítima defensa. En este sentido, está fuera de duda que la ayuda en la necesidad está permitida.⁹⁶ Un orden jurídico penal que prescribiera otra cosa solamente podría remitir al portador de la posición jurídica amenazada a su poder coercitivo *individual* y, con ello, a una pura dimensión fáctica que, desde el punto de vista del derecho de defensa, podría ser clasificada, en el mejor de los casos, como perteneciente al azar. Por su parte, quien se encuentra en peligro puede invocar, en el marco del estado de necesidad exculpante, su *estatus de sujeto*. Es cierto que esta posición no le otorga, dentro del conflicto, un peso normativo idéntico al del derecho personal del destinatario de la intervención: esto lo demuestra la facultad de legítima defensa de éste último. Pero el estatus de sujeto de quien se encuentra en peligro fundamenta, como mínimo, la *capital relevancia en el ámbito de la teoría de la libertad* del peso de estos intereses. Teniendo en cuenta esto, sería tan insatisfactorio que, en caso de conflicto, se apelase *solamente* a su poder de coercitivo físico e individual que la existencia de la misma limitación respecto del destinatario de la intervención. Si el destinatario de la intervención puede ser ayudado por los salvadores, a quien se encuentra en peligro, no se le puede denegar de antemano por ese motivo la posibilidad de un apoyo de esta clase.

Ahora bien, este diagnóstico de los fundamentos no excluye que, en el último caso, el círculo de personas que entra en consideración sea más reducido que en el supuesto del destinatario de la intervención. Como es sabido, la ley procede de este modo: mientras que el destinatario de la intervención puede recurrir a *cualquier persona (particular)* como auxiliador en legítima defensa, en el caso del estado de necesidad exculpante, quien se encuentra en peligro está limitado a recurrir, para que lo auxilien, a quienes tengan con él una *relación especialmente cercana, con independencia*

⁹⁵ BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, p. 435.

⁹⁶ PAWLIK, ZStW, (114), 2003, p. 272.

*del agudo conflicto que tiene lugar.*⁹⁷ Esta diferencia de grados refleja el contraste entre la licitud y la ilicitud de estas clases de asistencia: el derecho de un conciudadano de imponer la realización de una ayuda, en un conflicto grave, no puede serle negado a ningún ciudadano. La impunidad de la ayuda consistente en el cumplimiento de una petición ilícita (no por antonomasia, sino dentro del conflicto en cuestión) no puede fundamentarse por medio de la fuerza de convicción de la concreta situación de peligro como tal, precisamente debido a esa ilicitud; en tal caso, la exculpación solamente se puede basar en la existencia de obligaciones de solidaridad *previas*.⁹⁸

Sin embargo, este fundamento para *extender* la posibilidad de una exculpación no sólo a quienes se encuentran directamente en peligro, sino también a un círculo determinado de auxiliares en la situación de necesidad, no modifica el diagnóstico conforme al cual el *estatus de sujeto de quien se encuentra en peligro es, a fin de cuentas, la condición para posibilitar una exculpación*. Si quien se halla en peligro no tiene posibilidades de invocar para sí mismo un estado de necesidad exculpante –por ejemplo, porque él ha causado su situación de necesidad– esto también rige para las potenciales personas que le podrían prestar auxilio en la situación de necesidad.⁹⁹ Sin embargo, según las consideraciones precedentes, esta constelación no genera mayores inconvenientes. Un poco más delicado es el grupo de casos contrario. ¿Qué sucede, por ejemplo, si el generador de la situación de necesidad no ha sido quien se encuentra en peligro, sino el potencial asistente en la necesidad? En estos supuestos entra en consideración la pregunta normativa decisiva de si las circunstancias mencionadas debilitan la posición en cuanto sujeto de *quien se encuentra en peligro*. Esto presupondría que a quien se encuentra en peligro se le puede atribuir la conducta precedente de quien posteriormente se encuentra dispuesto a prestar la ayuda.¹⁰⁰ Una imputación de este tipo es, en efecto, posible. Si quien se encuentra en peligro saca *provecho* de que quien le presta auxilio tiene, invocando su estrecha relación con él, abierta la posibilidad de una exculpación, debe, de manera inversa, tolerar que el fundamento de la imputación de las “estrechas relaciones personales” también encuentre aplicación en su *contra*. Así como la *preocupación* (atribuida por la ley) de las respectivas personas *beneficia* a quien se encuentra en peligro, también la *despreocupación* puede, a la inversa, *perjudicarlo*. La imputación

⁹⁷ Naturalmente, en el caso de parientes la existencia de esta relación de cercanía se presume sin admitir prueba en contrario (HIRSCH, *LK*, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 32; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/7).

⁹⁸ La inclusión de personas afines en el § 35 apdo. 1, frase 1 StGB se fundamenta, la mayoría de las veces, en el hecho de que estas personas experimentarían la necesidad de quien se encuentra en peligro de un modo tan fuerte que sería el equivalente a una situación de necesidad propia [HIRSCH, *LK*, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 30 y 34; LENCKNER/PERRON, *Schönke/Schröder*, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 15; RUDOLPHI, *SK*, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 9). Pero si la referencia a la “especial presión en la motivación” del autor ya ni siquiera era capaz de legitimar la exculpación de *quien se encontraba en peligro* (al respecto *supra* 2.2), tampoco podría aducirse esta fundamentación adecuadamente a favor de un *tercero*.

⁹⁹ Del mismo modo BERNSMANN, “*Entschuldigung*” durch Notstand, 1989, pp. 435 ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 17/75; MÜSSIG, *MiKo*, 2003, § 35, nm. 57; OTTO, *AT*, 6ª ed., 2000, § 14, nm. 14; TIMPE, *JuS* 1985, pp. 38 ss.; por ejemplo también HIRSCH, *LK*, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 51, 65; RUDOLPHI, *SK*, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 17. Lo mismo es aplicable para el caso del estado de necesidad justificante. En ese sentido PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 296 ss. De otra opinión: BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 10ª ed., 1995, § 23, nm. 28; FISCHER, *StGB*, 50ª ed., 2001, § 35, nm. 11; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 268, nota 144; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 44 III 2 a; KREY, *AT*, t. I, 2001, nm. 723; LENCKNER/PERRON, *Schönke/Schröder*, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 20a; MAURACH/ZIPF, *AT*, 8ª ed., 1992, § 34, nm. 6; NEUMANN, *NK*, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 39; ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 51.

¹⁰⁰ Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 297 (respecto de la problemática paralela en el estado de necesidad justificante).

“negativa” es aquí, en cierto modo, el precio de la “positiva”.¹⁰¹

Con esto se han logrado asegurar, desde la teoría de la libertad, los rasgos fundamentales de la regulación jurídica del estado de necesidad exculpante mediante el modelo de legitimación aquí propuesto y, además, formular respuestas justificadas sistemáticamente para una serie de controversias dogmáticas. Todo esto ha servido, en última instancia, al fin de ilustrar la fertilidad de los enfoques bosquejados al comienzo; además, el recurso a razonamientos propios de la filosofía del derecho en el marco de una discusión de dogmática jurídico penal no es un lujo (prescindible en su caso), sino que se da porque la dogmática, por la particularidad de su objeto, está destinada a ser “la existencia de la voluntad libre”. Por este motivo, la recíproca comprensión de la dogmática jurídico penal y de la filosofía del derecho beneficia a ambas partes: la dogmática se beneficia porque, de ese modo, gana en coherencia interna, y la filosofía del derecho gana porque, por estos caminos, se concreta y puede poner a prueba la capacidad de rendimiento de sus fundamentos teóricos.

5. Bibliografía

ACHENBACH (1975), «Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht», *Juristische Rundschau*, pp. 492 ss.

ALEXY (1994), *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

AMELUNG (1982), «Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin», *JuristenZeitung*, pp. 617 ss.

ANGEHRN (1977), *Freiheit und System bei Hegel*, Walter de Gruyter, Berlín – Nueva York.

BAUER (1847), *Lehrbuch des Strafrechtes*, 2ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.

BAUMANN/WEBER/MITSCH (1995), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Gieseking, Bielefeld.

BERLIN (1958), «Zwei Freiheitsbegriffe», en EL MISMO, *Freiheit, Vier Versuche*, S. Fischer, Fráncfort del Meno (ed. de 1995).

BERNER (1898), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18ª ed., Tauchnitz, Lipsia.

BERNSMANN (1989), „Entschuldigung“ durch Notstand, Carl Heymanns, Colonia – Berlín – Bonn – Múnich.

BOCKELMANN (1957), *Strafrechtliche Untersuchungen*, Klaus Schwarz, Gotinga.

¹⁰¹ Coinciden en las consecuencias: BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, pp. 435 ss.; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 17/75; LENCKNER/PERRON, *Schönke/Schröder*, 26ª ed., 2001, § 35, nm. 20a; MÜSSIG, *MüKo*, 2003, § 35, nm. 57; TIMPE, *JuS*, 1984, pp. 38 ss.; probablemente también KREY, AT, t. I, 2001, nm. 723. De otra opinión: HIRSCH, *LK*, 11ª ed., 13ª actualización, 1994, § 35, nm. 51; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, § 44 III 2 a; KÜHL, AT, 4ª ed., 2002, § 12, nm. 67; NEUMANN, *NK*, 4ª revisión, 1997, § 35, nm. 38; ROXIN, AT, t. I, 3ª ed., 1997, § 22, nm. 50; RUDOLPH, *SK*, 7ª ed., 31ª actualización, 1999, § 35, nm. 17.

BRAUNECK (2003), «Der strafrechtliche Schuldbegriff», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 261 ss.

EBERT (2001), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

FEUERBACH (1847), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed., Heyer, Gießen.

FICHTE (1796), *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Felix Meiner, Hamburgo (ed. de 1979).

FISCHER (2001), *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 50ª ed., C. H. Beck, Múnich.

FORST (1994), *Kontexte der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno

FRISTER (1993), *Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“*, Duncker & Humblot, Berlín.

FUHRMANN (1996), «Persona, ein römischer Rollenbegriff», en MARQUARD/STIERLE (eds.), *Identität [Poetik und Hermeneutik]*, 2ª ed., t. VIII, Wilhelm Fink, Múnich.

GALLAS (1968), *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Walter de Gruyter, Berlín.

GEYER (1863), «Zur Lehre vom Nothstand», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, t. V, pp. 63 ss.

GOLDSCHMIDT (1913), *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Manz, Viena.

GONZÁLEZ-RIVERO (2001), *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, Duncker & Humblot, Berlín.

GRAF ZU DOHNA (1954), «Ein unausrottbares Mißverständnis», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (66), pp. 505 ss.

GROLMAN (1825), *Grundsätze der Criminalrechts-Wissenschaft*, 4ª ed., Heyer, Gießen.

GROPP (2001), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Berlín – Heidelberg – Nueva York.

HAKER (1998), *Moralische Identität*, A. Francke, Tubinga – Basilea.

HÄLSCHNER (1881), *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. I, Marcus, Bonn.

——— (1858), *Das Preußische Strafrecht*, t. II, Marcus, Bonn.

HEGEL (1821), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en EL MISMO, *Werke in zwanzig Bänden*, t. 7, Suhrkamp, Fráncfort del Meno (ed. de 1986).

——— (1817), *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, en EL MISMO, *Werke in zwanzig Bänden*, t. 10, Suhrkamp, Fráncfort del Meno (ed. de 1986).

- (1816), *Wissenschaft der Logik II*, en EL MISMO, *Werke in zwanzig Bänden*, t. 6, Suhrkamp, Fráncfort del Meno (ed. de 1986).
- HENKEL (1954), «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en ENGISCH/MAURACH (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger*, C. H. Beck, Múnich – Berlín.
- HIRSCH (1994), «§ 35», en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (eds.), *Leipziger Kommentar*, 11^a ed., 13^a actualización, Walter de Gruyter, Berlín – Nueva York.
- HONNETH (1994), *Kampf um Anerkennung*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.
- HÖRNLE/VON HIRSCH (1998), «Positive Generalprävention und Tadel», en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, C. F. Müller, Heidelberg.
- HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2^a ed., Walter de Gruyter, Berlín – Nueva York.
- JAKOBS (1995), «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107), pp. 843 ss.
- (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Walter de Gruyter, Berlín – Nueva York.
- (1976), *Schuld und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübinga.
- JANKA (1878), *Der strafrechtliche Notstand*, Deichert, Erlangen.
- JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)*, 5^a ed., Duncker & Humblot, Berlín.
- KANT (1797), *Die Metaphysik der Sitten*, en EL MISMO, *Werke in zehn Bänden*, t. 7, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt (ed. de 1983).
- Armin KAUFMANN (1988), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2^a ed., Klaus Schwarz, Gotinga.
- (1968), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Klaus Schwarz, Gotinga.
- Matthias KAUFMANN (1996), *Rechtsphilosophie*, Alber, Friburgo de Brisgovia – Múnich.
- KERSTING (1992), *Thomas Hobbes zur Einführung*, Junius, Hamburgo.
- KINDHÄUSER (2002), *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, Nomos, Baden Baden.
- (1995), «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107), pp. 701 ss.
- (1989), *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

KOHLRAUSCH (1921), «Die „Straftat“ im deutschen Strafgesetzentwurf 1919», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (34), pp. 156 ss.

KÖHLER (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín – Heidelberg – Nueva York.

KÖSTLIN (1855), *System des deutschen Strafrechts*, Laupp, Tubinga.

——— (1845), *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalsrechts*, Laupp, Tubinga.

KRAMER (2001), *Lebensgeschichte, Authentizität und Zeit*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

KREY (2001), *Deutsches Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, t. I, Kohlhammer, Estucardia.

KÜHL (2002), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Franz Vahlen, Múnich.

KÜPER (1982), «Notstand I», en ERLER/KAUFMANN (eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. III, Schmidt, Berlín, columnas 1064 ss.

——— (1971), «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *Juristische Schulung*, pp. 474 ss.

LENCKNER (1965), *Der rechtfertigende Notstand*, Mohr (Siebeck), Tübingen.

LENCKNER/PERRON (2001), «§ 35», en SCHÖNKE/SCHRÖDER *et al* (eds.), *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., Beck, Múnich.

LESCH (1994), «Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens (1. Teil)», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 510 ss.

VON LISZT/SCHMIDT (1932), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., Walter de Gruyter, Berlín – Lipsia.

LUGERT (1991), *Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand*, Duncker & Humblot, Berlín.

MARQUARDSEN (1857), «Die Lehre vom Nothstande», *Archiv des Criminalrechts*, (segunda serie, 24), pp. 396 ss.

MAURACH/ZIPF (1992), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

MEUTER (1995), *Narrative Identität*, M & P, Estucardia.

MOHR (2001), «Der Begriff der Person bei Kant, Fichte und Hegel», en STURMA (ed.), *Person: Philosophiegeschichte - theoretische Philosophie - praktische Philosophie*, Mentis, Paderborn.

MÜSSIG (2003), «§ 35», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C. H. Beck, Múnich.

NEUMANN (1998), «Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention», en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, C. F. Müller, Heidelberg.

——— (1997), «§ 35», en NEUMANN/SCHILD (eds.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4ª revisión, Nomos, Baden Baden.

——— (1985), *Zurechnung und „Vorverschulden“*, Duncker & Humblot, Berlín.

NEUMANN/SCHROTH (1980), *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

OETKER (1908), «Notwehr und Notstand», en BIRKMEYER *et al* (eds.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, t. II, Liebmann, Berlín.

OTTO (2000), *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6ª ed., Walter de Gruyter, Berlín - Nueva York.

PAWLIK (2003), «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (114), pp. 259 ss.

——— (2003), «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 12 ss.

——— (2002), *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlín.

——— (1999), *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Carl Heymanns, Colonia - Berlín - Bonn - Múnich.

PUFENDORF (1994), *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur* (Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, t. I), Gesetz, Fráncfort del Meno - Lipsia.

RICOEUR (1996), *Das Selbst als ein Anderer*, Wilhelm Fink, Múnich.

——— (1991), *Zeit und Erzählung*, t. 3, Wilhelm Fink, Múnich.

——— (1988), *Zeit und Erzählung*, t. 1, Wilhelm Fink, Múnich.

ROßHIRT (1821), *Lehrbuch des Criminalrechts*, Mohr & Winter, Heidelberg.

ROXIN (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich.

——— (1990), «Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 97 ss.

——— (1984), «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (96), pp. 641 ss.

- (1979), «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en Armin KAUFMANN ET AL. (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, Beck, München, pp. 279 ss.
- (1974), «„Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien», en ROXIN (ed.), *Festschrift für Heinrich Henkel*, Walter de Gruyter, Berlin – Nueva York, pp. 171 ss.
- RUDOLPHI (1999), «§ 35», en EL MISMO (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., 31ª actualización, Luchterhand, Neuwied – Kriftel.
- (1966), «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78), pp. 67 ss.
- SCHNEIDER (1991), *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips*, Duncker & Humblot, Berlin.
- SCHÜNEMANN (1986), «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Lichte des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 293 ss.
- SCHWEIDLER (2001), *Das Unantastbare*, LIT, Muñiste.
- SLEP (1992), «Personbegriff und praktische Philosophie bei Locke, Kant und Hegel», en EL MISMO, *Praktische Philosophie im deutschen Idealismus*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.
- SPAERMANN (1998), *Personen: Versuche über den Unterschied zwischen „etwas“ und „jemand“*, 2ª ed., Klett-Cotta, Estucardia.
- STRATENWERTH (2002), *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4ª ed., Carl Heymanns, Colonia – Berlin – Bonn – München.
- STRENG (1980), «Schuld, Vergeltung, Generalprävention», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (92), pp. 637 ss.
- TAYLOR (1988), «Der Irrtum der negativen Freiheit», en EL MISMO, *Negative Freiheit?*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.
- TIMPE (1984), «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)», *Juristische Schulung*, pp. 859 ss.
- (1983), *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, Duncker & Humblot, Berlin.
- TITTMANN (1806), *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Erster Teil*, Hemmerde & Schwetschke, Halle en Sajonia-Anhalt.
- ULSENHEIMER (1972), «Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener

Strafverfolgung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 1 ss.

VOGLER (1969), «Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 103 ss.

WACHENFELD (1914), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, C. H. Beck, München.

VON WÄCHTER (1881), *Deutsches Strafrecht*, Breitkopf & Härtel, Lipsia.

WELZEL (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., Walter de Gruyter, Berlin.

WESSELS/BEULKE (2002), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 32^a ed., C. F. Müller, Heidelberg.

WESSELY (1862), *Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischem Rechte*, Tempsky, Praga.