

Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo

Ivó Coca Vila

Universitat Pompeu Fabra

Abstract*

Admitiendo que la intensidad de las injerencias en intereses ajenos justificables en estado de necesidad defensivo debe ser superior a la admisible cuando se lesionan intereses de terceros en estado de necesidad agresivo, queda por resolver el tipo y la intensidad del vínculo exigible entre el peligro que amenaza y el sujeto gestor de la esfera de donde emana. En este trabajo se presentan las principales propuestas formuladas tanto en España como en Alemania para delimitar el estado de necesidad agresivo del defensivo y se examina la oportunidad de llevar a cabo distribuciones o atribuciones de cargas en situaciones de conflicto prescindiendo de los principios de imputación clásicos en Derecho penal.

It is a common place that the intensity of interference of outside interests justifiable in defense of quasi-self-defence must be more than acceptable when are injured the interests of others in defense of necessity. However it is yet to be solved the type and intensity of the bond required between the person in whose sphere belongs the source of danger and that danger. This paper presents the main proposals raised in Spain and Germany to delimit the defense of quasi-self-defence and the defence of necessity, and examines the opportunity to carry out load distributions or attributions in conflict situations apart from the classic criminal law imputation principles.

Während das Maß der erlaubten Ingerenzen auf fremde Rechtsgüter im defensiven Notstand unstreitig höher ist als im Falle des aggressiven Notstands bei der Einwirkung auf Rechte Dritter, ist das Verhältnis zwischen der drohenden Gefahr und dem – auch schuldlosen – Verursacher der Gefahr sowie deren Auswirkung auf das Notstandsrecht bislang ungeklärt. Im vorliegenden Aufsatz werden die bedeutendsten Lösungsvorschläge der spanischen und deutschen Strafrechtswissenschaft zur Abgrenzung zwischen defensivem und aggressivem Notstand vorgestellt. Ebenso erörtert werden soll die Möglichkeit, die Lastenverteilung in der Notstandslage auf Grundlage der klassischen Zurechnungskriterien im Strafrecht vorzunehmen.

Title: Between responsibility and solidarity. The quasi-self-defence

Titel: Zwischen Verantwortung und Solidarität. Der Defensivnotstand

Palabras clave: Estado de necesidad defensivo, estado de necesidad agresivo, incumbencia preferente, responsabilidad, solidaridad, omisión del deber de socorro agravada, injerencia no antijurídica.

Keywords: Defence of necessity, defence of quasi-self-defence, accountability, responsibility, solidarity, aggravated criminal liability for omissions, not unlawful interference.

Stichwort: Defensivnotstand, Aggressivnotstand, Sonderzuständigkeit, Verantwortlichkeit, Solidarität, schwerwiegende Unterlassene Hilfeleistung, nicht rechtswidrige Ingerenz.

*En este trabajo se recogen, con amplias modificaciones, algunos de los temas de mi trabajo final del Máster oficial en Ciencias Jurídicas que, bajo la dirección del Profesor Doctor Ricardo Robles Planas y titulada: *El estado de necesidad defensivo y la justificación supralegal en el Derecho penal alemán y español*, defendí en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona el 9 de setiembre de 2010.

Sumario

1. Introducción

2. El estado de necesidad defensivo

3. Criterios de delimitación

3.1 El vínculo fáctico

3.2 La quasiresponsabilidad

3.3 La responsabilidad

4. ¿Dos categorías, tres distintos deberes de tolerancia?

5. La imputación instrumental en situaciones de conflicto

5.1 Injerencia fortuita e imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas

a) El vínculo fáctico

b) La proximidad social

c) La infracción de deberes intensificados de solidaridad

d) La responsabilidad penal por el producto

d) Responsabilidad objetiva derivada de la competencia por organización

6. La determinación de las posiciones de incumbencia preferente

7. La delimitación entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo

8. Estado de necesidad defensivo y solidaridad

9. Conclusiones

10. Bibliografía

11. Tabla de jurisprudencia citada

1. Introducción

No es infrecuente entre la doctrina trazar la distinción entre el estado de necesidad y la legítima defensa sobre un único referente, a saber, el estatus de agresor o de tercero no interviniente de aquél sobre el que recae la acción defensiva. Así, cuando una acción defensiva típica se dirige contra el sujeto que ha desencadenado la situación de peligro procedería la justificación en legítima defensa mientras que, cuando lo hace sobre los intereses de un sujeto ajeno a la fuente de peligro, vendría la justificación de la mano del estado de necesidad. Ello es así en la medida en que se vincula de forma casi exclusiva las reacciones frente a peligros procedentes de seres humanos con la legítima defensa.¹

Sin embargo, desde hace ya un tiempo la doctrina alemana –en menor medida, también la española– viene evidenciando la existencia de un grupo de casos caracterizados por la existencia de una acción defensiva dirigida frente a un sujeto en cuyo ámbito de organización se encuentra ubicada la fuente de peligro pero que no puede ser justificada en legítima defensa al no existir una agresión previa antijurídica. Se trata de los supuestos de estado de necesidad defensivo en los que, el hecho de responder frente a un sujeto vinculado a la creación del peligro parece hacerlos merecedores de un tratamiento jurídico singular respecto al resto de injerencias justificables en estado de necesidad agresivo.

¹ En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, t.I, *Fundamentos de la teoría del delito*, 2006, p. 705. También, analizando el origen del peligro en la esfera de la víctima de la injerencia, véase MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 705-718.

Aunque la distinción entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo viene de lejos, ciertamente, en los últimos años la polémica sobre la cuestión –aunque de manera tangencial- se ha reabierto. En ello, gran parte de culpa tienen los atentados del 11 de septiembre y la importante discusión surgida en torno a la posibilidad de derribar aviones comerciales secuestrados por terroristas. Este renacer del interés por el estado de necesidad defensivo como causa de justificación guarda directa relación con el proceso de interiorización por parte de doctrina y jurisprudencia de que no todos los peligros que provienen de personas pueden ser analizados desde la perspectiva de la legítima defensa, no siendo el límite de la justificación admisible en estado de necesidad agresivo apropiado con carácter general. La distinción entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo –en lo que a las consecuencias se refiere- reside en que en este último caso, el grado de lesión de los intereses ajenos susceptible de ser justificado debe ser –así lo exigirían razones de justicia material y de coherencia axiológica- superior. En este punto el acuerdo es absoluto, la doctrina coincide en que la existencia de un nexo entre el peligro y el sujeto sobre el que recae la acción defensiva, aunque no se corresponda con el nexo propio de nuestro sistema de imputación (imputación objetiva y subjetiva dolosa), habilita al necesitado a la salvaguarda de sus bienes a costa de los ajenos en mayor medida.²

A partir de aquí el disenso entre los autores que se vienen pronunciando al respecto es máximo. Se está de acuerdo en que el sujeto que reacciona en estado de necesidad defensivo puede o debería poder lesionar más intensamente los intereses del sujeto destinatario de la acción defensiva que en los casos de estado de necesidad agresivo. Pero con ello, todavía no se dice nada si, como sucede tanto en España como en Alemania, no existe convenio en relación con los límites entre una y otra eximente y el concreto fundamento del especial deber de tolerancia que se impone al sujeto sobre el que recae la acción en estado de necesidad defensivo.

En coherencia con lo anterior, el presente trabajo pretende enriquecer la discusión dogmática acerca del concepto y el fundamento del estado de necesidad defensivo, discusión incipiente en España pero de sobra conocida por la Ciencia penal alemana de los últimos treinta años. En lo que sigue, voy a tratar de exponer los criterios sobre los que diferenciar entre estructuras de necesidad defensivas y agresivas, no sin antes extractar los múltiples puntos de vista sobre los que la doctrina ha tratado de establecer dicha frontera. Para ello, igualmente se recurrirá a las distintas fundamentaciones que se dan a la agravación del castigo en la omisión del deber de socorro por parte de quien fortuitamente ocasiona el accidente (art. 195.3 CP). Según creo, el deslinde entre supuestos de estado de necesidad agresivo y defensivo pasa por decidir cuáles son los criterios admisibles de delimitación de posiciones de garantía o incumbencia preferente no vinculadas a la imposición de penas en Derecho penal, de ahí que la decisión acerca de por qué un sujeto que no actúa antijurídicamente puede ser llamado preferentemente a salvar a la víctima

² Es pacífico afirmar que el origen del peligro en las esfera de la víctima de la posterior actuación defensiva en estado de necesidad es un criterio relevante, en lo que no hay acuerdo es en el modo a través del cual vehicular dicha trascendencia. Al respecto, cabe hablar de dos corrientes doctrinales enfrentadas: aquella que aboga por la contemplación del criterio del origen del peligro ya en la ponderación, en este sentido, ente otros muchos, véase ROXIN, *Derecho Penal*, PG, t.I, 2006, p. 705y ss., JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 2002, p. 363, MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal, v. I*, 1994, p. 478, STRATENWERTH, *Derecho Penal, Parte General*, 2005, p. 211 -212, HIRSCH, *Derecho Penal, Obras Completas, t.I*, 2005, pp. 131-132. Y aquella que, en sentido contrario, aboga por entender que el origen del peligro es un criterio no susceptible de ser incluido en el juicio de ponderación y que deber ser considerado autónomamente, vinculándolo a un deber de tolerancia distinto. Así, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 1995, pp. 520 y 521 y HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, pp. 203 a 206.

sea muy útil para entender por qué razón un sujeto que no crea un peligro de forma antijurídica puede ser llamado destacadamente para conjurar una situación de peligro.

2. *El estado de necesidad defensivo*

Es pacífico definir la situación de estado de necesidad defensivo como aquel escenario de necesidad individual en el que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan “defensivamente” en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un tercero de donde precisamente emana el peligro que amenaza. Por el contrario, se define el estado de necesidad agresivo como aquella situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan “agresivamente” en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un sujeto ajeno a la fuente de peligro que amenaza, esto es, con status de tercero.³

Pues bien, sucede que, al margen de aquellos supuestos en los que cabría afirmar sin reparos la posibilidad de reaccionar en estado de necesidad defensivo al poder constatar la creación responsable del peligro por parte del sujeto sobre el que recae la acción defensiva, existe todo un grupo de casos en los que el peligro no es reconducible objetivamente a ningún acto organizativo, pero no parece ser la imputación a la desgracia o a la mala suerte la solución más justa, pues el peligro emana fácticamente de la esfera del sujeto contra el que a la postre se reacciona. Esto es precisamente lo que acontece en los supuestos de meros ocasionamientos fácticos del peligro, es decir cuando se pueda constatar una relación causal sujeto-peligro, en los riesgos creados en ausencia de acción, en incrementos peligrosos aún permitidos, pérdidas del control de fuentes de peligro no imputables, peligros creados en error de tipo invencible, creación de peligros en la gestión de riesgos especiales... etc. En todos estos casos, el sujeto contra el que se reacciona no es responsable por el peligro pero tampoco resulta evidente afirmar que es extraño a aquél, que es un tercero no interviniente, contra el que solo cabría reaccionar en estado de necesidad agresivo. Posiblemente ejemplificando la distinción gane en nitidez.

El montañista que ante el grave peligro de muerte por deshidratación entra en un refugio de montaña de propiedad ajena y se bebe toda el agua de una botella de agua mineral está desplazando el daño sobre un tercero absolutamente ajeno al peligro. El propietario del refugio nada tiene que ver con la pérdida del montañero y su angustiosa situación, por lo que el deber de tolerancia que se impone al propietario del refugio se fundamenta en la mínima solidaridad general intersubjetiva. Se regiría por las reglas del estado de necesidad defensivo aquél supuesto en el que un taxista de forma imprudente amenaza con lesionar gravemente a un peatón y éste responde disparando contra las ruedas del automóvil provocando que el taxista se estrelle contra un muro cercano, causándole lesiones importantes, incluso más graves que las que el peatón hubiera sufrido. Aquí el peligro es reconducible en términos de imputación objetiva y subjetiva -a

³ Para un estudio de la delimitación entre estructuras de necesidad, ineludible el trabajo de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 122 y ss. En España también abogan por la distinción entre el estado de necesidad agresivo y defensivo, CALDERÓN/CHOCLÁN, *Derecho Penal, t.I, Parte General*, 1999, pp. 189 y s., entienden que la eficacia exonerante en uno y otro caso obedecen a fundamentos distintos, en el primero, es el deber de solidaridad impuesto por el ordenamiento jurídico y en el segundo es la responsabilidad del titular del bien afectado que genera la situación de peligro.

título culposo- al comportamiento del taxista, éste es pues responsable por el peligro, por lo que el deber de tolerancia se intensifica justificadamente.⁴ Finalmente, entre unos y otros, habría supuestos en los que no cabe hablar de un sujeto responsable por el foco de peligro pero tampoco es posible aseverar que aquél sea absolutamente ajeno al mismo, pues es en su esfera donde se encuentra ubicada la fuente del peligro que amenaza. Así, el conductor que al sufrir un infarto y quedar inconsciente al volante amenaza con atropellar a un peatón, no es responsable por la creación del peligro, pero parece que la proximidad fáctica, la incumbencia o el hecho de estar involucrado perturban la que parecía ser una nítida distinción entre supuestos agresivos y defensivos.

Así las cosas, el núcleo de la distinción entre unos casos y otros pasa por clarificar qué grado de vinculación entre el peligro y el sujeto de cuya esfera emana es exigible para poder afirmar que se conjura justificadamente un peligro en estado de necesidad defensivo. En otras palabras, lo pretendido es, pues, decidir si la mera ubicación fáctica de la fuente de peligro en la esfera de organización del sujeto contra el que se responde es condición suficiente para justificar injerencias que van más allá del límite propio del estado de necesidad agresivo, o si por el contrario, es exigible una vinculación normativa entre sujeto y fuente de peligro a efectos de imponer deberes de tolerancia intensificados.

Adviértase que la distinción no es en absoluto baladí, puesto que la intensidad de la injerencia defensiva admisible varía radicalmente en función del carácter agresivo o defensivo de la situación de necesidad.⁵ La solidaridad intersubjetiva, como fundamento del deber de tolerancia en las respuestas frente a sujetos absolutamente ajenos al peligro únicamente habilita a la imposición de un deber de tolerancia mínimo, los intereses salvaguardados deberán en todo caso

⁴ Ello es así, en la medida en que –como aquí se hace– se asuma que únicamente cabe responder en legítima defensa frente a agresiones antijurídicas dolosas. Así lo estima la mayor parte de nuestra doctrina, véase por todos, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, PG, v.I, 1996, p. 590, EL MISMO, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 131 a 141 y BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 264 y ss. En sentido opuesto, véase MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 8ª ed., 2008, pp. 437 y s. y PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, 2006, pp. 277 y ss. En Alemania, la situación es justamente la inversa, la doctrina absolutamente mayoritaria admite la respuesta en legítima defensa frente a agresiones imprudentes. Véase por todos, con citas a trabajos monográficos, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, t.I, 2006, pp. 615 y ss., JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, PG, 2002, p. 363, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, pp. 463 y ss. En sentido opuesto, SCHAFFSTEIN, “Notwehr und Guterabwägungsprinzip”, *Monatschrift für deutsches Recht*, 1952, pp. 132 y 136.

⁵ Si bien es cierto que de acuerdo con la regulación que en el StGB y en el CP se hace del estado de necesidad justificante (§ 34 StGB y art. 20.5 CP) pudiera parecer que el baremo de justificación y por lo tanto el deber de tolerancia a imponer es único tanto en los casos de estado de necesidad agresivo y defensivo. No es menos cierto que, en el caso español es posible y así lo hace un sector doctrinal interpretar el art. 20.5 CP de tal forma que quepa justificar injerencias en la esfera del sujeto de donde emana el peligro más allá del límite de la preponderancia entre los bienes salvaguardados y los dañados. En Alemania, el § 34 StGB deja un menor margen para la interpretación en este sentido, por lo que un importante sector doctrinal encabezado por JAKOBS y HRUSCHKA viene proponiendo el recurso a una causa de justificación supralegal por analogía con el § 228 BGB, en donde se regula el estado de necesidad defensivo jurídico civil, estableciendo el baremo de justificación en la no desproporción entre el daño y el peligro, esto es, el criterio inverso al establecido para las situaciones de necesidad agresivas, reguladas en el § 904 BGB y § 34 StGB. Al respecto, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, pp. 520 y 521 y HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, pp. 203 a 206. En España, a favor de la configuración de una causa supralegal de justificación en estado de necesidad defensivo, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed., 2002, pp. 238 y ss., MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad” en *LH-MIR PUIG*, 2010, pp. 412 y s., y BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 79-90 y 144-146.

preponderar esencialmente sobre los lesionados.⁶ Por el contrario, en aquellos supuestos en los que el sujeto necesitado conjura el peligro a costa de los intereses del titular de la esfera de donde emana, con independencia del concreto fundamento sobre el que se extraiga el deber de tolerancia, éste será en todo caso superior, siendo admisible la defensa hasta el punto de la extrema desproporción con los intereses lesionados.⁷

3. Criterios de delimitación

Se puede hablar de tres grandes líneas o corrientes doctrinales a la hora de conceptualizar el estado de necesidad defensivo. Hay quien aboga por la mera exigencia de una vinculación fáctica, el responder frente al sujeto de cuya esfera emana el peligro sería motivo suficiente para imponer deberes de tolerancia intensificados y justificar injerencias que lesionan incluso más de lo salvaguardado. Hay un importante grupo de autores que buscan vínculos de *quasiresponsabilidad* o responsabilidad atenuada, de tal forma que la vinculación fáctica sin un mínimo grado de responsabilidad por el peligro no habilitaría la intervención en estado de necesidad defensivo. Y finalmente, hay quien entiende que la imposición de un deber de tolerancia intensificado, única y exclusivamente puede fundarse sobre la infracción del principio de responsabilidad, debiendo ser la creación del riesgo que genera el peligro que amenaza –al menos- objetivamente imputable a un comportamiento organizador.⁸ El haber clasificado en tres grupos las distintas aportaciones doctrinales no significa en absoluto que únicamente tres sean los criterios planteados por la doctrina para distinguir entre situaciones de estado de necesidad agresivo y defensivo. Tal vez sea metodológicamente útil, pero como se verá, son múltiples y variadas las opiniones acerca del vínculo exigible entre el sujeto y el peligro conjurado en estado de necesidad defensivo.

3.1. El vínculo fáctico

Para un importante sector doctrinal, en España sin duda mayoritario y en Alemania hasta donde se alcanza, también, el origen del peligro se atribuye a un sujeto, convirtiéndolo así en competente por el mismo, cuando sea posible constatar que el peligro procede físicamente de su esfera, es decir, entendiendo la procedencia de modo netamente naturalístico, de modo que el

⁶ En este sentido, entre otros muchos, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 22 y s., PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 316, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, 1995, p. 421, SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia” en LH Prof. Rodríguez Mourullo, 2005, pp. 1007 a 1128. Aunque sin hacer alusión a la distinción entre clases de estado de necesidad, fundamentando esta eximente desde el punto de vista del afectado en la solidaridad, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, p. 267.

⁷ Absolutamente incontrovertido, con independencia de si el origen del peligro se toma en consideración ya en el juicio de ponderación o como un elemento que determina un baremo de justificación distinto al propio de las situaciones de necesidad agresivas. Véase por todos, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 172., PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 284 y ss. Para un análisis más detallado del papel que juega el origen del peligro en el Derecho alemán y español, véase MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 252 y ss.

⁸ Finalmente, hay quien a la hora de definir el estado de necesidad defensivo alude a las tres posibilidades de forma conjunta. Así PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ªed., 2011, p. 176, para quien la distinción entre el estado de necesidad defensivo y el agresivo pasa por constatar que el titular de la esfera contra la que se actúa defensivamente, o bien es responsable por el peligro (*verantwortlich*), o bien responde por el peligro aun sin culpa (*einzustehen ohne Schuld*), o bien debía haber estado en condiciones de prevenir el peligro que amenaza (*selbst abzuwenden fähig sein muss*).

criterio determinante es la ubicación fáctica de la fuente del peligro y la posibilidad de reconducir causalmente el peligro a la esfera del sujeto de donde se desprende.⁹

Para ROXIN, lo específico del estado de necesidad defensivo radica en que el sujeto necesitado se defiende del peligro que amenaza lesionando los intereses de quien *de facto* lo ha originado. Nadie tiene por qué soportar indefenso amenazas que le llegan del exterior, incluso cuando no hayan sido causadas de modo imputable, ya que el que pone en peligro no tiene derecho alguno de injerencia.¹⁰ Consecuentemente no es exigible grado alguno de responsabilidad por la creación o contención del peligro, pues aunque el sujeto de cuya esfera emana el peligro no sea responsable del mismo, ello no altera el hecho de que nadie –salvo existencia de un deber especial de exposición al riesgo– tiene el deber de soportar graves daños en consideración a otros. La conexión meramente externa entre el peligro que amenaza y una esfera de dominio fundamenta ya el estado de necesidad defensivo.¹¹

Así, entiende HIRSCH que encontrarse en el lado de la fuente de peligro es suficiente para poder responder justificadamente en estado de necesidad defensivo.¹² Con independencia del motivo, “dado que ha pasado”, el hecho de estar junto al peligro, convierte al ser humano en interviniente no separable de dicho objeto. Aunque no participe en la agresión antijurídica, sí lo hace en la fuente de peligro, por lo que nada obstaría la justificación de reacciones defensivas más allá del límite propio del estado de necesidad agresivo.

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente HÖRNLE, para quien lo decisivo –la condición mínima para poder considerar que existe una situación de estado de necesidad defensivo– sería simple y llanamente la concurrencia de una aportación causal al peligro.¹³ Para LUZÓN PEÑA toda reacción en situación de necesidad frente a la fuente de peligro, modifica la ponderación de intereses en contra de ésta, y por lo tanto es posible causar un mal mayor que el que amenaza.¹⁴ La solución pasa por atender a la procedencia del peligro sin tamices normativistas que condicionen las distinción entre ataques defensivos y agresivos. También MIR PUIG alude al estado de necesidad defensivo cuando se actúa contra la persona o la cosa de donde emana el peligro, sin exigir por lo tanto vinculación alguna más allá de la mera ubicación factual o real del peligro en la esfera del sujeto.¹⁵

⁹ En Alemania, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, t.I, 2006, p. 705, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, PG, 2002, p. 391, MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal*, PG, v. I, 1994, p. 483, HIRSCH, *Derecho Penal*, *Obras Completas*, t.I, 2005, pp. 132 y s., EL MISMO en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, v.I, 2008, pp. 1006 a 1008, FREUND, AT, 2ª ed., 2009, 3/92, pp. 93 a 100, OTTE, *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, 1998, pp. 161 y s. En España, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, *Parte general*, v.I, 1996, p. 632 y s., MIR PUIG, *Derecho Penal*, *Parte General*, 8ª ed., 2008, p. 464 y MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 705 y ss.

¹⁰ ROXIN, *Derecho Penal*, PG, t.I, 2006, pp. 705 y ss.

¹¹ En un sentido similar, aunque reconociendo el problema de la inexistencia de desvalor en la acción del sujeto de cuya esfera emana el peligro, véase CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Vida contra vida: conflitos existenciais e limites do direito penal*, 2009, pp. 400 y ss.

¹² HIRSCH, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, v.I, 2008, p. 1006 a 1008.

¹³ HÖRNLE, “Matar para salvar muchas vidas”, *InDret* 2/2010, p. 16, nota 57. Sin embargo, en relación con la opción de derribar aviones en estado de necesidad defensivo, entiende que tal posibilidad no procede al no ser suficiente el peso de los pasajeros en relación con el peso del avión para afirmar la existencia de una aportación causal al peligro. Así pues, parece ser que el producto de la intensidad del campo gravitatorio terrestre y la masa del sujeto sería el factor determinante en la delimitación de las posiciones de incumbencia preferente.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, PG, v.I, 1996, p. 632 y ss.

¹⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 8ª ed., 2008, p. 464.

Especialmente relevante ha sido la aportación de KÖHLER para quien la causalidad, al ser parte de la libre existencia, es también objetivamente imputable a ella. La existencia personal está determinada desde su base -desde la fase embrionaria- por la propia capacidad de actuar libremente bajo reglas y condiciones morales y está al mismo tiempo empíricamente condicionada por su conformidad con las leyes de la existencia. Así las cosas, el principio jurídico clásico del “*casum sentit dominus*” (el caso fortuito lo asume el propietario) no sólo representa una constatación empírica, sino que además envuelve o lleva aparejado un juicio de imputación objetiva (*objektives Zurechnungsurteil*).¹⁶ Según este principio clásico de imputación, todos estaríamos obligados a soportar las consecuencias lesivas de procesos no imputables objetivamente a actos de organización lesivos de terceros. Lo anterior supone -por un lado- que en situaciones de necesidad existenciales no se puede desplazar el riesgo a un sujeto inicialmente ajeno al peligro y por otro, el surgimiento de un deber activo de limitación del riesgo o en su defecto, un deber de tolerar la injerencia que conjura el peligro ocasionado. El accidente (*casum*) - a estos efectos, la creación o el descontrol de una fuente de peligro- lo debe sufrir el propietario (*dominus*), en este caso, el titular de la esfera de organización de donde emana el peligro.¹⁷ Por ende, la constatación de que el peligro emana de una concreta esfera, supone imputar objetivamente el daño provocado al titular de la esfera de peligro que lo desencadena, justificando así la imposición de un deber de tolerancia intensificado.

En definitiva, para estos autores y otros muchos, la constatación de la mera ubicación fáctica de la fuente de peligro en la esfera del afectado fundamenta la imputación de responsabilidad por el peligro que amenaza o en todo caso, es condición suficiente para la imposición de deberes de tolerancia intensificados. Es indiferente que el sujeto se encuentre “en el lado de la fuente de peligro”, que el peligro parta de su esfera o que simplemente esté “implicado en la fuente de peligro”, tales datos fácticos sirven para fundamentar la competencia preferente por el peligro.¹⁸

3.2 La quasiresponsabilidad

Las posturas acabadas de referir -aun siendo mayoritarias- han encontrado una fuerte oposición en aquellos autores que se niegan a basar la distinción entre las acciones justificadas en estado de necesidad agresivo y defensivo en una simple conexión externa entre el peligro y una esfera de

¹⁶ KÖHLER, “Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand”, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 264 y ss., *EL MISMO*, *AT*, 1997, pp. 288 y ss.

¹⁷ Adviértase que mediante el recurso al principio del *casum sentit dominus* como criterio de imputación pueden llegarse a soluciones diversas en función de la perspectiva que se adopte a la hora de afirmar que los riesgos no imputables a terceros deben ser asumidos por el *dominus*. Así, para KÖHLER, cuando un sujeto queda súbitamente inconsciente al volante, éste es considerado el *dominus* y debe asumir los costes del *casum*. El peatón puede desviar defensivamente el *casus* que amenaza haciendo que recaiga sobre el *dominus*, el conductor. No obstante, es plausible afirmar que el *dominus* es a quien amenaza un *casus*, el peatón, por lo que, sería éste último al que “la naturaleza” ha designado competente para la resolución del conflicto. El peatón no podría desviar el peligro hacia terceros, ni tampoco hacia el conductor, puesto que estamos ante un peligro no imputable a acto organizativo alguno.

¹⁸ En contra de la imputación normativa del peligro sobre la mera facticidad, véase ROBLES PLANAS, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos” en *LH-MIR PUIG*, 2010, pp. 459 y s. Entiende que -a propósito de la posibilidad de derribar aviones en situación de necesidad- resulta altamente criticable tratar como si hubiera creado el peligro a quien está tan alejado de su originación como cualquier otro, pero ha tenido la desgracia de estar junto a él.

domino.¹⁹ A medio camino entre aquéllas y las que a continuación se detallan, se encuentra la fundamentación de la distinción entre situaciones de necesidad agresivas y defensivas llevada a cabo por RENZIKOWSKI, quien busca en el principio de conexión entre el dominio y la responsabilidad por las consecuencias la base sobre la que llevar a cabo la distinción. El hecho de que sea el propietario de los bienes quien se aproveche y beneficie de su uso implica necesariamente que también él sea quien deba cargar con las consecuencias generadas desde su esfera de organización sobre los intereses de terceros.²⁰ Esta distribución de riesgos está inseparablemente unida con la adjudicación a terceros de esferas de dominio determinadas. Para RENZIKOWSKI es capital partir de la igualdad entre esferas de organización, de tal forma que, los costes de solución del conflicto deben siempre repercutir sobre la esfera que ha influido negativamente (*Beeinträchtigten Sphäre*). No sería la asunción personal de riesgos no imputables a terceros el criterio sobre el que definir el estado de necesidad defensivo, sino el principio de ocasionamiento (*Veranlasserprinzip*).²¹

Un paso más allá en la intensidad del vínculo normativo exigible entre la fuente de peligro y el sujeto en cuya esfera se ubica lo da PAWLIK, quien se pregunta si existe un derecho de necesidad especial, una situación de competencia especial (*Sonderzuständigkeit*) por la pérdida de control no antijurídica de una fuente de peligro que justificara la imposición de un deber de tolerancia intensificado.²² En determinados supuestos debe el titular de una esfera de organización “pagar” el precio de la facultad general de libertad para la configuración de su mundo y el precio de haber podido excluir de su esfera -hasta ese momento- a terceros. La organización de un ámbito -incluso conforme a Derecho- no se opone a la configuración de posiciones de competencia especial que fundamentan una facultad de defensa en virtud del estado de necesidad defensivo respecto de los peligros que de ese ámbito resulten. En la medida en que un sujeto haya podido organizar su esfera de forma distinta a como lo hizo y se constate una pérdida de control (*Kontrollverlust*) de la misma, en tanto que el resto de sujetos carecían de la posibilidad de organizar, normativamente, el peligro se sitúa al lado del responsable de la esfera de organización, a quien le corresponde ocupar una posición de competencia especial o preferente en relación con las reacciones defensivas. Este estatus preferente se plasma en la imposición de un deber de tolerancia intensificado.²³

Lo anterior no sólo demostraría la legitimidad sistemática de la designación de sujetos preferentemente competentes no responsables -en sentido fuerte- por el peligro, sino que además establecería o delimitaría la propia figura del competente preferente. Sólo cabe hablar de sujeto

¹⁹ En Alemania, véase por todos, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, pp. 520 y s., EL MISMO, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, pp. 20 a 25 y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 284 y ss. En España, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 170, ROBLES PLANAS en LH-MIR PUIG, 2010, pp. 459 y s. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal, Parte General*, 2ªed., 1999, pp. 372 a 382 y aunque tácitamente, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1982, pp. 673 y s.

²⁰ RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 180 y s.

²¹ „Die Defensivnotstandsbefugnis läßt sich somit auch als Ausdruck des Veranlasserprinzips deuten“, (La facultad de reacción en estado de necesidad defensivo puede explicarse también como expresión del principio de ocasionamiento), RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 181.

²² „Gibt es eine notrechtsrelevante Sonderzuständigkeit aufgrund erlittenen Kontrollverlust?“, (¿Existe un derecho de necesidad especial por competencia preferente en el ámbito del estado de necesidad que tenga su base en la pérdida del control?) PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 321 y ss.

²³ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 324, EL MISMO, „Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte“, GA, 2003, p. 1., EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, (trad. AA.VV.), 2010, pp. 129 y s.

preferentemente competente y por tanto de reacción en estado de necesidad defensivo, cuando – al menos- sea constatable una pérdida del control de la fuente de peligro. En estos casos, para PAWLIK, si bien no cabe hablar de responsabilidad en sentido fuerte (*Verantwortung*) si cabe hablar de sujetos responsables en sentido débil (*Haftung*), sujetos designados preferentemente competentes como sucesión inmediata a su libertad de organización.²⁴

Para JAKOBS la inversión del criterio de la proporcionalidad -en los límites justificables de la injerencia- por la que aboga en los supuestos de estado de necesidad defensivo exclusivamente procede cuando la persona en cuyos bienes se interviene para la salvación ante el concreto peligro es responsable del mismo.²⁵ Únicamente concurre estado de necesidad defensivo “cuando la víctima de la intervención es responsable del peligro, es decir, tiene el deber de eliminar el peligro ella misma o si no lo tiene es porque le falta la capacidad”.²⁶ Lo contrario, esto es, prescindir de cualquier grado de responsabilidad por el origen del peligro en la distinción entre clases de estado de necesidad “implicaría confundir a la persona como estado de tránsito de un proceso causal con la persona responsable jurídicamente.”²⁷ El sujeto que ataca inevitablemente (sin dolo ni imprudencia) y sin que exista motivo alguno para imputar el ataque a su ámbito de organización, sin lugar a duda, es externamente causante del peligro pero por ausencia total de responsabilidad por el peligro, normativamente debería ser considerado no participante en el peligro, por lo que la intervención salvadora en sus bienes se regiría por las reglas del estado de necesidad agresivo.

Con todo, para JAKOBS el fundamento de la justificación en el estado de necesidad defensivo no es el principio de responsabilidad por organización, que sí fundamenta la justificación en la legítima defensa, ni tampoco el principio de solidaridad, que fundamenta las injerencias en los bienes de terceros en estado de necesidad agresivo. El principio rector de las situaciones de estado de necesidad defensivo es el principio de responsabilidad atenuado, al que denomina principio de ocasionamiento (*Prinzip der Veranlassung*).²⁸ JAKOBS opera aquí con un concepto especial de

²⁴ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 321 y ss., p. 324. En un sentido similar, KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2008, 17/46, p. 161.

²⁵ JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, pp. 247 y 521, EL MISMO, AT, 1993, 13/47 y 7/41a. Aquí JAKOBS se refiere a responsabilidad en el sentido de incumbencia prevalente (*Zuständig*). Aunque, lo cierto es que en la traducción al español de su tratado se traduce generalmente la palabra *Zuständig* como responsabilidad. En un sentido similar, PAWLIK alude a una responsabilidad atenuada (*Haftung*). Ambos conceptos permiten expresar un matiz que no acierte a concretar en nuestra lengua. Frente a la idea de responsabilidad en sentido estricto (*Verantwortung*), parece existir en nuestro ordenamiento jurídico una estructura de quasiresponsabilidad (*Zuständig* o *Haftung*), no vinculada a la idea de imputación objetiva y subjetiva pero tampoco dependiente única y exclusivamente de una relación causal entre el peligro y un sujeto.

²⁶ JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, p. 521.

²⁷ JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, pp. 464 y s.

²⁸ JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, p. 421, EL MISMO, AT, 1993, 11/3. No obstante, lo cierto es que posteriormente el propio JAKOBS en JAKOBS, *Sobre la normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*, (trad. Cancio Meliá/Feijoo Sánchez), 2003, pp. 135 y ss., 162, admite que los principios de la justificación en su planteamiento se han visto modificados. Particularmente, creo que las consecuencias a las que aquí llega JAKOBS no distan en exceso de lo ya dicho en su Tratado. En este trabajo JAKOBS aborda la resolución de las situaciones de necesidad desde una óptica tripartita. La incumbencia exclusivamente basada en la propiedad, la incumbencia basada en la organización y la incumbencia basada en el cumplimiento de deberes por delegación Estatal. Cuando la colisión de derechos es consecuencia de la organización del titular de los bienes, en el ámbito de la pura normatividad, el necesitado podrá realizar todas las prestaciones necesarias para solucionar el conflicto. Esta solución será válida en los casos de agresiones antijurídicas y culpables y se canaliza a través de la legítima defensa. El sujeto que organiza (aun cuando sea de forma permitida o no culpable) introduce en el conflicto todo el ámbito de organización del que es titular, en la medida en que se beneficia de ese ejercicio de libertad, deberá poner a disposición todos y cada uno

responsabilidad, en virtud del cuál es responsable tanto el sujeto que inculpablemente (*Schuldlos*) crea un riesgo no permitido como aquél que crea un riesgo permitido especial.²⁹ Es responsable por ocasionamiento del peligro, tanto el sujeto al que le es imputable (o casi) objetivamente la creación del peligro, como aquél al que aun no siéndole objetivamente imputable el peligro, sí le incumbe preferentemente el curso causal al estar gestionando un riesgo especial.³⁰ La conformidad a Derecho de la conducta y la incumbencia prevalente de evitación de la consecuencia dañosa no se excluyen entre sí.³¹ A los efectos que aquí interesan, es responsable por el peligro el sujeto que tiene el deber de conjurarlo, pero también aquél que no lo tiene porque le falta la capacidad. En este sentido, JAKOBS plantea si cabría justificar en estado de necesidad defensivo la actuación de un sujeto que en el último instante del despegue de un aeroplano dispara contra el piloto, dado que un tercero había destruido un grupo motor y el aparato se habría estrellado en una zona habitada.³² En este supuesto, es un tercero quien responsablemente crea el peligro y el estado del grupo motor es una circunstancia objetivamente no cognoscible para el piloto. Según JAKOBS, a causa de la competencia preferente del piloto por el curso causal (*Zuständigkeit für den Schadensverlauf*), el tirador puede obrar justificadamente en estado de necesidad defensivo.

No obstante, en los últimos tiempos, JAKOBS parece haber cambiado o al menos matizado su opinión al respecto, mostrándose notablemente más restrictivo a la hora admitir inferencias en intereses ajenos en estado de necesidad defensivo.³³ Según entiendo, la exigencia de un comportamiento organizador previo que incremente significativamente el riesgo –así lo exige en este último trabajo– podría llevarnos a una solución distinta para el caso del piloto del aeroplano. Posiblemente, no sea el piloto el que en ejercicio de su libertad organizativa haya incrementado relevantemente el riesgo que ahora amenaza, pues habría sido un tercero el que responsablemente habría saboteado el grupo motor.³⁴

de sus bienes para conjurar la situación de peligro. En los casos de organización permitida, ésta no deberá ser culpable y en los casos de riesgos especiales no será preciso que sean antijurídicos puesto que no se cuestiona la fidelidad al Derecho ni el descrédito de la norma, sino simplemente el sinalagma libertad organizativa y deber de soportar los costes que de ese ejercicio de libertad se derivan. Al no haber negado en ese acto organizativo de forma apreciable el reconocimiento como persona, la incumbencia del sujeto decrece, sin que el obligado tenga la facultad de sacrificar mucho más que el daño que pretende evitar, entran así en juego consideraciones utilitaristas. Finalmente, en ausencia de organización, cabrá igualmente exigir mínimos sacrificios a terceros para conjurar peligros, en la medida en que todos los ciudadanos (*citoyen*), por delegación del Estado, debemos soportar en casos de desastre menoscabos insignificantes para el mantenimiento de la tarea pública.

²⁹ JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 20.

³⁰ No resulta en absoluto sencillo concretar qué papel le asigna JAKOBS a los riesgos especiales en relación con la determinación del carácter agresivo o defensivo de la injerencia en situaciones de necesidad. En su último trabajo al respecto (*Rechtszwang und Personalität*, 2008), alude a los riesgos especiales (*Sonderrisiko*) en relación con la creación no culpable de riesgos permitidos. Véase, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, pp. 982 y ss., EL MISMO, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 20. Acerca del concepto de riesgo especial, véase JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal* (trad. Peñaranda/Suárez/Cancio), 1997, p. 355, y especialmente, EL MISMO, “Teoría y praxis de la injerencia”, *ADPCP*, (52), 1999, pp. 17 y ss. Por riesgo especial se alude a aquellos riesgos superiores a los ineludibles en la vida que se autorizan al imponerse el deber preferente de impedir consecuencias nocivas para terceros.

³¹ JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, pp. 246 y s.

³² JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, p. 247.

³³ JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, pp. 21 y ss.

³⁴ JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, pp. 21 y ss. Parece pues, que, para JAKOBS dos son los criterios de atribución de deberes intensificados de tolerancia, la mera creación del peligro por la gestión de riesgo especial y la creación de situaciones de peligro a través de comportamientos de organización que incrementan notablemente

Lo que no admite duda es que JAKOBS se aparta radicalmente de posiciones naturalísticas a la hora de justificar especiales deberes de tolerancia, entiende que en nuestra sociedad la desgracia no es un fundamento válido para la imposición de cargas.³⁵ Por ello, una injerencia en estado de necesidad defensivo exige –al menos– un comportamiento organizador (*Organisationsverhalten*) de forma que la situación de conflicto para los intereses ajenos no obedezca al azar (*Zufall*), sino a un incremento significativo del peligro como consecuencia de ese comportamiento organizador previo.³⁶ No sería admisible solventar situaciones de necesidad a costa de grandes injerencias en los intereses de sujetos que se encuentran en “el camino de la salvación”, es preciso que ocupen esa posición de incumbencia por un previo comportamiento organizador que haya aumentado el riesgo.³⁷

Igualmente, señala JAKOBS que, en sentido contrario a lo que propugna PAWLIK, la pérdida de control no imputable de la fuente de peligro, no permite conjurar el peligro en estado de necesidad defensivo, al no existir aquí un comportamiento organizador que aumente el riesgo.³⁸ Una desafortunada pérdida del control sobre el propio cuerpo no se manifiesta como la consecuencia de un comportamiento organizador en ejercicio de la propia libertad, ¿Por qué íbamos a imponer un deber de tolerancia al sujeto que ha sufrido dicha pérdida de control? ¿Por qué es ese sujeto el que está en la posición errónea y no los terceros sobre los que amenaza el peligro? Tanto unos como los otros, normativamente, son absolutamente irresponsables por el peligro que desencadena la situación de necesidad.

La idea de JAKOBS, gráficamente podría expresarse de la siguiente forma, en situaciones de necesidad, debe asumir la carga de solución del conflicto aquél “que se ha metido en camisas de once varas”,³⁹ aquél que a través de su organización ha desencadenado una situación de necesidad para los intereses de terceros, ejerciendo su libertad y creando o incrementando con su comportamiento el riesgo.

La responsabilidad por ocasionamiento del peligro es el criterio determinante para la distinción entre estado de necesidad agresivo y defensivo, cabría entonces imponer el especial deber de tolerancia propio del estado de necesidad defensivo a aquel sujeto que a través de la gestión de

el riesgo. Tampoco es descartable que en realidad, JAKOBS entienda el criterio del acto de organización que incrementa sensiblemente el riesgo transversalmente a la gestión de riesgos comunes y especiales.

³⁵ JAKOBS, “*Dolus Malus*”, *InDret* 4/2009, p. 14. En aparente contradicción con lo anterior y en relación con el riesgo no permitido, JAKOBS señala que aunque muy discutido, la casualidad (*casum sentit dominus*) puede ser el elemento que determine la competencia por la administración de riesgos, que junto con la tipología específica del riesgo, permiten concretar el límite del riesgo permitido. Afirma también que la causalidad no es un criterio de “imputación válido” (entiéndase imputación de resultados lesivos) en nuestra sociedad actual, pero que hubo una época en la que efectivamente, la fatalidad (*Schicksalhaft*) del destino era un criterio de imputación aceptado. Así, JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 21.

³⁶ JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 21.

³⁷ Véase JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 21.

³⁸ Parece que PAWLIK se guía por el criterio de delimitación al que inicialmente JAKOBS alude en su Tratado. Sin embargo posteriormente, el propio Jakobs critica la propuesta de PAWLIK al entender que la pérdida de control sin posibilidad de afirmar que ha existido una gestión organizativa que incrementa el riesgo no es un criterio admisible. Al respecto, véase, JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 22, nota 46. Textualmente, “*Dementsprechend fehlt es auch an einer Organisation, wenn eine Person aufgrund eines Unglücks die Kontrolle etwa über ihren Körper verliert und nummehr gegen einen anderen stürzt, der verletzt zu werden droht*”. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 324.

³⁹ Literalmente, JAKOBS dice que “*Der Kostenträger muss sich die Suppe, die er auslöffeln soll, selbst eingebracht haben*”. JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 21.

un riesgo especial ha provocado la situación de peligro y a aquél que mediante actos de organización ha provocado un incremento significativo de riesgo que desata la situación de peligro.

3.3 La responsabilidad

Finalmente, hay quien entiende que la imposición intensificada de deberes de tolerancia tan sólo puede fundarse sobre la base del principio de responsabilidad por organización, fundamento común del estado de necesidad defensivo y la defensa necesaria.

En España se ha pronunciado en este sentido BALDÓ LAVILLA, para quien lo característico de las situaciones de necesidad defensivas es que en ellas existe un sujeto “en alguna medida responsable de la fuente de peligro” que genera la situación de necesidad.⁴⁰ Para afirmar que éste procede de la esfera organizativa del sujeto sobre el que finalmente recaerá la acción de necesidad defensiva es indispensable constatar que es “en alguna medida” imputable al comportamiento organizador de aquél.⁴¹ En el marco del sistema de principios axiológicos que regirían las tres estructuras de necesidad (defensa necesaria, estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo) los principios operativos de segundo nivel propios del estado de necesidad defensivo serían el principio de responsabilidad y el principio de solidaridad intersubjetiva. El reconocimiento de la libertad de organización implica de forma correlativa la exigencia de responsabilidad por la organización, de tal suerte que se legitima a todo sujeto para oponerse a aquellos peligros que proceden de esferas ajenas con infracción del principio de responsabilidad. En el estado de necesidad defensivo, el peligro que amenaza se genera en una esfera organizativa en términos tales que es posible afirmar que desde el punto de vista jurídico penal, éste es objetiva o imprudentemente imputable a un comportamiento organizador del mismo. De ahí que este sujeto sea normativamente considerado preferentemente competente por la fuente de peligro.

Como el comportamiento no es subjetivamente imputable a título doloso, el sujeto no abusa de su libertad de organización –no cabe entonces responder en defensa necesaria- pero sí que es más responsable por las consecuencias que se deriven que cualquier otro sujeto ajeno al origen del peligro. Al contrario, la situación de estado de necesidad agresivo se caracteriza porque en ella todo posible afectado es normativamente ajeno a la originación de la fuente de peligro que desencadena la situación de conflicto. Ello según BALDÓ sucedería cuando la fuente de peligro no es ni siquiera objetivamente imputable a un comportamiento organizador de un sujeto, ya sea porque el origen del peligro es reconducible a la naturaleza o porque incluso siendo reconducible a un sujeto, aquél no excede el umbral del riesgo permitido.⁴² Aquí la máxima que rige es –en términos clásicos- el principio del *casus sentit dominus*, según el cual cada uno debe correr con los riesgos que sobre él se ciernen. Afirma BALDÓ que en el estado de necesidad defensivo, dado que el sujeto que crea el peligro no es plenamente responsable ni tampoco completamente ajeno al

⁴⁰ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 23 y s., literalmente se dice que “el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador no pueda sino tenerse en cuenta como punto de partida necesario para una razonable coordinación axiológica de las posiciones en conflicto”

⁴¹ Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 23 y 70 a 103, 170 y ss.

⁴² BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 122.

mismo, sino preferentemente responsable, queda sometido a un régimen intermedio de responsabilidad, cabrá responder en estado de necesidad defensivo lesionando intereses equivalentes o superiores a los amenazados, pero nunca excesivamente desproporcionados. Al no ser plena la responsabilidad, normativamente el sujeto no se verá sometido al catálogo de responsabilidad del subsistema de mandatos y prohibiciones de hechos dolosos, pero sí que quedará sometido al catálogo de responsabilidad que deriva del subsistema de causas de justificación, que se traduce en un deber de tolerar la acción de salvaguarda defensiva matizado por el principio de solidaridad.⁴³

Finalmente, cabe mencionar aquí la propuesta de delimitación que en su día llevó a cabo HOYER, diametralmente opuesta a la que la doctrina mayoritaria viene haciendo y notablemente más restrictiva del estado de necesidad defensivo, pues entiende que el grado o tipo de vinculación exigible entre el sujeto y la fuente de peligro no puede ser otro que la imputación objetiva y subjetiva –al menos, a título culposo– de la causación del peligro.⁴⁴ Solamente una causación de peligro antijurídica como consecuencia de un comportamiento organizador justifica una reducción en el merecimiento de protección de los bienes del titular de la esfera de organización de donde emana el peligro. Entiende HOYER que cuando un sujeto respeta íntegramente el círculo de deberes jurídicos impuestos, merece también absoluta protección por parte del ordenamiento jurídico, por lo que, no habría motivo alguno para imponer un deber de tolerancia intensificado a un sujeto que se ha comportando penalmente conforme a Derecho.⁴⁵

4. ¿Dos categorías, tres distintos deberes de tolerancia?

Todas las reflexiones hasta ahora aquí recogidas presuponen que –dejando a un lado ya las estructuras de defensa necesaria– son dos los estatus posibles en los que puede encontrarse el sujeto sobre el que finalmente recae la acción necesaria. Los casos claros de estado de necesidad defensivo serían aquellos en los que el sujeto –al menos– crea un peligro que es en términos de imputación objetiva reconducible a su comportamiento previo. Los casos de estado de necesidad

⁴³ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 136, 281. En un sentido parecido, SILVA SÁNCHEZ, “¿“ex delicto”?”, InDret 3/2001, p. 7, para quien dentro del estado de necesidad justificante “es preciso distinguir los casos del estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo. El estado de necesidad es agresivo cuando la acción realizada para eludir el peligro que se cierne sobre el sujeto recae sobre un tercero ajeno por completo a dicho peligro. En cambio, el estado de necesidad es defensivo cuando la acción realizada para eludir el peligro recae sobre un tercero al que se le puede imputar la creación de ese peligro”. Obviamente, la cuestión nuevamente pasa por concretar y especificar el concepto imputación a los efectos que aquí interesan, en todo caso, no sería la mera imputación fáctica el criterio a seguir. En España, también BACIGALUPO ZAPATER aboga por distinguir entre el estado de necesidad defensivo, que se justificaría por la responsabilidad del titular de los bienes afectados en la generación de la situación de peligro y el estado de necesidad agresivo que responde directamente a un deber de solidaridad impuesto por el ordenamiento jurídico bajo ciertas condiciones. Véase BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, 2ªed., 1999, p. 372 y SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1982, p. 673.

⁴⁴ HOYER, “Das Rechtsinstitut der Notwehr”, *JuS*, 1988, p.95.

⁴⁵ Adviértase que las propuestas de BALDÓ y HOYER pueden llegar a ser equivalentes si se entiende que toda imputación objetiva de un riesgo implica necesariamente la imputación subjetiva a título –al menos– culposo. No obstante, para BALDÓ cabe hablar de acciones objetiva pero no subjetivamente imputables, aludiendo así a los supuestos de error de tipo invencible (entiendo que únicamente se refiere a errores de tipo subjetivamente invencibles) y a los casos de causas de justificación putativas. La cuestión es, si cabe afirmar la imputación objetiva en los supuestos de error de tipo subjetivamente invencible o si por el contrario, el error inevitable también excluye la imputación al tipo objetivo. Al respecto, ejemplificando, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 229, PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, 2006, p. 302, nota 1259.

agresivo evidentes serían aquellos en los que la acción necesaria recae sobre un sujeto que absolutamente nada tenía que ver con el curso causal que desencadena la situación de necesidad. Entre unos y otros, hay una serie de supuestos en los que la acción necesaria recae sobre el sujeto que fáctica o naturalísticamente está involucrado en la fuente que crea el peligro, ésta no le es absolutamente ajena pero no es responsable en grado alguno, pues no es siquiera reconducible el peligro en términos de imputación objetiva a un comportamiento precedente suyo.

Hasta donde alcanzo, quien con mayor claridad ha reparado en la existencia de tales casos es ROBLES PLANAS. Para mi maestro, la mera ubicación fáctica del peligro en la esfera del afectado no resulta convincente como criterio de delimitación entre los supuestos de estado de necesidad agresivo y defensivo.⁴⁶ Entiende que elevar datos fácticos a fundamentos de imputación de una responsabilidad –en realidad inexistente– es incorrecto pues implica tratar a un sujeto como si hubiera creado el peligro, cuando en realidad, está tan lejos de su originación como cualquier otro, pero con la desgracia de estar junto a él. Recuerda que la imputación normativa del peligro al inocente que está junto al peligro implica la imposición de un deber de tolerancia difícilmente justificable con base a los principios de responsabilidad rectores de las relaciones intersubjetivas.

Siendo el fundamento del deber de tolerancia en el estado de necesidad defensivo la previa responsabilidad por la situación de necesidad y dado que la responsabilidad por organización está directamente vinculada a la libertad por organización, entiende ROBLES que en tanto que la libertad y la responsabilidad son graduables, los deberes de tolerancia también lo serían y que por lo tanto, su intensidad debiera también reflejar una estricta correspondencia con el grado de libertad individual ejercido.⁴⁷ Consecuentemente apunta a que el estado de necesidad defensivo debiera quedar reservado para supuestos donde el peligro que amenaza fuera reconducible en términos de imputación objetiva y subjetiva (evitabilidad) al sujeto sobre el que recae la acción típica de necesidad. Cuando ello no sea posible pero el sujeto necesitado actúa frente al sujeto de cuya esfera de organización emana el peligro, es decir, en los supuestos de “responsabilidad por organización débil”, dicho sujeto está involucrado directamente en la fuente de peligro, le incumbe de forma inmediata y preferente, de forma que los deberes de tolerancia serán algo superiores a los propios de las situaciones agresivas sin llegar al nivel de las puramente defensivas. Tal “organización débil” se daría en situaciones de pérdida de control del foco de riesgo no imputable, ante incrementos de riesgo aún permitidos, en supuestos de riesgos especiales y cuando el peligro fuera causalmente reconducible al actuar del sujeto sobre el que recae la acción necesaria.⁴⁸

ROBLES no se remite a la mera ubicación fáctica de la fuente de peligro, sino que, vincula esa competencia parcialmente preferente a la infracción de deberes de solidaridad intensificados, siendo así necesario distinguir entre los deberes de tolerancia a imponer.⁴⁹ Así las cosas, cabría

⁴⁶ Véase ROBLES PLANAS en *LH-MIR PUIG*, 2010, pp. 459 y s.

⁴⁷ Véase ROBLES PLANAS en *LH-MIR PUIG*, 2010, pp. 461 y ss., señala además que dos son las funciones que todo deber de tolerancia desempeña: es el motivo que legitima la injerencia en la esfera del afectado y sirve como baremo de medición de la intromisión legítima en dicha esfera ajena.

⁴⁸ Véase ROBLES PLANAS en *LH-MIR PUIG*, 2010, p. 463.

⁴⁹ Lo anterior no excluye por completo la posibilidad de vincular también esa intensificación del deber de tolerancia en los supuestos en los que no es posible reconducir el peligro en términos de imputación objetiva al sujeto de cuya esfera emana al principio de solidaridad. El aumento intensivo del deber de tolerancia podría tener

hablar de tres distintos deberes de arrostrar, en función de su intensidad. Junto con el deber de tolerancia propiamente dicho, el que se impondría en los casos de estado de necesidad defensivo, alude al “deber de colaboración” para los supuestos de menor expresión de libertad o de situaciones de deberes positivos especiales. Ante organizaciones débiles, al ser menor la expresión de libertad, el sujeto de cuya esfera emana el peligro no se ve gravado con un deber de tolerancia, sino con un deber de colaboración, él no es enteramente responsable pero “algo ha tenido que ver” y el derecho le insta a que colabore en la resolución de la situación de necesidad. Finalmente, cuando el sujeto sobre el que recae la acción es absolutamente ajeno al peligro, aboga por la imposición de un “deber de sacrificio”. Aquí lo único que el Derecho puede exigir es que por razones de solidaridad mínima tolere el sacrificio de sus bienes a favor del necesitado.⁵⁰

5. La imputación instrumental en situaciones de conflicto

De todo lo dicho hasta el momento cabe afirmar sin reparos que el estado de necesidad defensivo, como estructura de justificación, se encuentra axiológicamente acomodada a medio camino entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo. Igualmente, es pacífico afirmar que es la responsabilidad –en sentido amplio– por la agresión antijurídica el fundamento de imposición del deber de tolerancia en la legítima defensa, así como lo es la solidaridad intersubjetiva en situaciones de necesidad agresivas.⁵¹ Por ello, parece plausible pensar que esos dos, es decir, el principio de responsabilidad por organización y el principio de solidaridad general intersubjetiva, o incluso, ambos dos combinados, sean los tres criterios que permiten fundamentar el especial deber de tolerancia propio de las situaciones de necesidad defensivas, y que por lo tanto –al mismo tiempo– determinen o conceptualicen el estado de necesidad defensivo justificante.

Si no voy errado, la decisión acerca de bajo qué condiciones un sujeto puede ser designado preferentemente competente por el peligro creado para acto seguido imponerle un deber de tolerancia intensificado equivale a decidir bajo qué condiciones el Derecho distingue a un sujeto del resto para imponerle cargas distintas a la imposición de penas.⁵² En Derecho penal dos son los concretos mecanismos de imputación de responsabilidad, responsabilidad por organización y responsabilidad por infracción de deberes de solidaridad. El Derecho propio de un Estado liberal no garantiza la libertad de actuación como una mera garantía estatal de la capacidad física de

un origen o un fundamento dual, un ejercicio organizativo creador del riesgo (*quasiresponsabilidad*) y una consecuencia de la operatividad acrecentada del principio de solidaridad en determinados ámbitos de riesgo.

⁵⁰ Véase ROBLES PLANAS en *LH-MIR PUIG*, 2010, p. 462. Las reglas del estado de necesidad agresivo verían su campo de aplicación limitado a las actuaciones defensivas dirigidas frente a sujetos absolutamente ajenos al peligro que amenaza, es decir, cuando el peligro procediera naturalísticamente de un ámbito de organización sin que la víctima tuviera derecho a exigir a su titular que lo organice de otro modo o –eventualmente– que lo mantuviera en un concreto estado.

⁵¹ En este sentido, entre otros muchos, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 75, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, pp. 377 y ss., 431 y ss., STRATENWERTH, “Prinzipien der Rechtfertigung”, *ZStW*, (68), 1956, pp. 50 y ss.

⁵² Para JAKOBS, ostenta la incumbencia por algo quien tiene que realizar alguna prestación que puede consistir bien en alejar un peligro de otra persona, bien en soportar los costes derivados de la solución de un conflicto tolerado en el marco de una colisión de intereses. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Cancio Meliá/Feijoo Sánchez), 2003, p. 135. Es preferentemente competente, aquél al que el Derecho llama de forma preeminente para la conjura de situaciones de conflicto.

actuar, sino que lo hace a través de la ratificación de ámbitos de gestión en exclusiva.⁵³ A cada uno de sus ciudadanos le reconoce un ámbito de organización en el que su titular es soberano, reconoce ámbitos de no-injerencia garantizados en franquicia, generando así verdaderos espacios de libertad. Pues bien, es condición necesaria para garantizar esta separación de esferas prohibir los actos de organización que lesionan intereses ajenos. El principio del "*neminem laedere*" precisamente establece la interdicción de gestionar el propio ámbito de organización de modo tal, que lesione los intereses de terceros. La infracción de este principio, acarrea responsabilidad, responsabilidad por organización. Sin embargo, la vida en sociedad no sólo requiere espacios de libertad gestionados de forma no lesiva para terceros, sino que precisa además del establecimiento de lazos o puntos de unión entre esferas de organización, de la edificación "de mundos en común", no es ya suficiente con no dañar a otros (deberes negativos), sino que es preciso llevar a cabo prestaciones positivas en favor de terceros (deberes positivos). Estos deberes positivos se concretan en lo que la doctrina ha venido a denominar deberes de solidaridad, cuya infracción también puede acarrear responsabilidad.⁵⁴

Desde esta perspectiva, dos son, y sólo dos, los títulos de imputación de responsabilidad penal, la responsabilidad por la organización lesiva de intereses ajenos y la transgresión de deberes de solidaridad. Esta dualidad de títulos de imputación se vincula generalmente a la imposición de una pena, esto es, la imposición de un castigo precisa de un vínculo de imputación, siendo únicamente válidos los dos referidos. Si se quiere, ambos dos sirven igualmente para concretar la dualidad de posiciones de garantía o de incumbencia, posiciones que determinan el círculo de responsables por un resultado lesivo. Esa posición de garantía se vincula tanto a la posibilidad de reconducir en términos de imputación objetiva el resultado a un acto organizativo como a la infracción de deberes institucionales, todo ello con independencia de la naturaleza activa u omisiva del hecho típico.⁵⁵ La posición de garantía por organización se fundamenta en una previa expresión de autonomía, encontrando su legitimación en el ejercicio previo de libertad. Por el contrario las posiciones de garantía institucionales están vinculadas a deberes de solidaridad (deberes de amparo y deberes de tolerancia), de modo que permiten y mantienen la existencia real de las esferas de libertad de organización jurídicamente constituidas.⁵⁶

⁵³ Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1995, pp. 247 y 521. PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 196 y ss., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, *pássim*, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, 2006, pp. 740 y ss. En un sentido casi idéntico y en relación con la fundamentación de los deberes de garantía (deberes positivos y negativos) cuya infracción da lugar únicamente a la imputación del resultado lesivo en comisión por omisión, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, 2002, pp. 57 y ss.

⁵⁴ Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión" en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, 1999, pp. 156-159. En idéntico sentido, véase JAKOBS, *ADPCP*, 1999, (52), pp. 18 y ss.

⁵⁵ Generalmente, la posición de garantía y cómo se determina ésta es algo que viene siendo estudiado a propósito de la posibilidad de imputar resultados lesivos a comportamientos omisivos. Así, se afirma que sólo debe responder por el resultado lesivo el sujeto que es garante, fundamentado esta posición de garantía o bien en la infracción del principio de responsabilidad o bien en la designación de carácter institucional. Pues bien, es igualmente posible afirmar, que en los delitos comisivos, responde un garante, aquél al que le es imputable objetivamente la creación del peligro. Así, JAKOBS, "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la prohibición de regreso" y el principio de confianza" en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 211 y s.

⁵⁶ En este sentido, PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 197 y s. Para PAWLIK, a diferencia de la doctrina mayoritaria, las posiciones de garantía institucional son el mecanismo básico, fundamental o primario de

Ahora bien, según creo, alrededor de este sistema nuclear de imputación, el sistema penal en su conjunto precisa de otros muchos juicios previos de atribución de consecuencias. En Derecho penal no sólo se imponen penas, sino que, de forma constante, para la solución de situaciones de conflicto, es preciso llevar a cabo juicios para atribuir consecuencias distintas a las penas con trascendencia jurídica. Podría hablarse de sistemas de imputación que orbitan en torno al nuclear y lo complementan, básicamente, me estoy refiriendo a la designación de posiciones de incumbencia preferente, esto es, a la designación de sujetos para llevar a cabo prestaciones positivas o para negarles ámbitos de actuación generalmente reconocidos. Si bien es cierto que las imputaciones a este nivel no implican o no llevan aparejadas de forma inmediata la imposición de penas, no es menos cierto que, de forma mediata, a través de estas designaciones de competencia preferente se condiciona la imposición del castigo y que de forma inmediata, se perturba la posición jurídica del agente sobre el que recaen. Así pues, es inexcusable contar también con criterios normativos que puedan regir estos niveles previos de atribución de cargas jurídicas.

¿Bajo qué condiciones cabe afirmar que la injerencia no culpable determina una posición de incumbencia preferente? ¿Cuándo podemos afirmar que la posibilidad de responder en legítima defensa frente a una agresión antijurídica decae por la previa provocación? ¿Bajo qué condiciones cabe afirmar que la injerencia justificable en estado de necesidad es superior a la propia del estado de necesidad agresivo? La pregunta es siempre la misma, cuáles son los criterios de determinación de posiciones de incumbencia preferente, -si se quiere, de responsabilización- a efectos distintos de la imposición de penas.⁵⁷

Tanto en España como en Alemania se admite que la previa provocación de la agresión ilegítima o de la situación de peligro debe ser tomada en consideración a la hora de justificar la posterior reacción defensiva.⁵⁸ No es posible entrar a analizar aquí la ausencia de provocación en las acciones justificadas en situación de necesidad, pero simplemente adviértase que afirmar que un sujeto provoca a otro, implica un juicio de imputación, al provocador se le hace responsable. ¿Es

autovinculación, puesto que la vinculación por conducta imputable tiene que presuponer cumplidas las condiciones de posibilidad infraestructurales del ser mismo práctico-jurídico. Además, y apartándose nuevamente de la doctrina mayoritaria, los deberes de solidaridad intersubjetivos no son atribuidos directamente a los ciudadanos, sino que son ejercidos por éstos previa delegación y asunción de la posición de garante por parte del Estado reaccionando así a la atomización social. PAWLIK, „Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur“, GA, 1995, pp. 363 y ss. En idéntico sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, 2002, p. 79. En un sentido muy similar a PAWLIK, véase JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Cancio Meliá/Feijoo Sánchez), 2003, pp. 150 y ss. “El deber de socorrer se dirige al *citoyen* que sustituye al ausente Estado en casos que no permiten demora [...]”.

⁵⁷ Acerca de la posibilidad de distinguir entre niveles de imputación, y afirmando que determinados aspectos de la intervención causal del hombre en el mundo (aun no siendo acciones antijurídicas y culpables) pueden tener trascendencia jurídica, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 102.

⁵⁸ Para un estudio detallado del carácter de la provocación relevante en el estado de necesidad, véase ROXIN, *Derecho Penal*, PG, t.I, 2006, pp. 639 y ss. y 697 y ss. Queda patente lo análogo de la discusión entre el fundamento del deber de tolerancia en el estado de necesidad agresivo y el condicionamiento de la capacidad de reacción por la previa provocación. Sorprendentemente, ROXIN afirma aquí que la provocación en la legítima defensa únicamente es relevante en la medida en que se menoscabe antijurídicamente un bien jurídico. Interpretando el § 35 StGB y la imposibilidad de recurrir a la causa de exclusión allí contenida cuando el agente ha “causado” el peligro, véase MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal*, v. I, 1994, pp. 569 y s., para quien causar debe ser entendido como provocar, esto es, infringir objetivamente un deber, pues “seguro es, que la categoría neutral de la causalidad no basta por sí sola para excluir la invocación del estado de necesidad”.

necesaria una provocación reconducible en términos de imputación objetiva y subjetiva al actuar precedente?, o ¿es suficiente con constatar que *de facto* la posterior víctima ha provocado al agresor?⁵⁹

Lo mismo sucede a la hora de castigar omisiones en comisión por omisión cuando la posición de garante se basa en el actuar precedente. Con independencia de toda la importante discusión acerca de la virtualidad del actuar precedente como fuente de posiciones de garantía, simplemente adviértase que hay quien entiende que incluso la injerencia fortuita convierte al sujeto en garante de la evitación del resultado lesivo. Si no lo evita, responde del mismo modo que quien ha causado el resultado lesivo activamente. Además, en el caso español existe un subtipo agravado de la omisión del deber de socorro, tipificado en el art. 195.3 CP, en donde el acrecimiento del castigo se fundamenta sobre la previa causación del accidente, tanto si éste ha sido ocasionado fortuitamente (pena de prisión de seis meses a dieciocho) como si guarda relación con un hecho culposo (prisión de seis meses a cuatro años). A diferencia de lo que ha acontecido con la distinción entre el estado de necesidad defensivo y el agresivo, la naturaleza y la legitimidad tanto de la determinación de la competencia preferente que hace el art. 195.3 CP como la fundamentación de posiciones de garantía derivadas de injerencia no antijurídica sí han sido vastamente tratadas.⁶⁰ Sin embargo, la cuestión es exactamente la misma, ¿Qué legitimación existe para hacer preferentemente responsable a un sujeto por un actuar conforme a Derecho? O mejor dicho, por qué razón, determinadas posiciones de incumbencia preferente se configuran al margen de los dos títulos de imputación propios del Derecho penal, la responsabilidad por organización y la infracción de deberes de solidaridad.

En lo que sigue me voy a ocupar brevemente de analizar cómo se ha tratado de fundamentar la configuración de posiciones de incumbencia preferentes tras accidente fortuito, es decir, cómo se fundamenta la imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas a los efectos del art. 195.3 CP, que en esencia, supone abordar cómo cabría justificar la imposición de un deber de tolerancia a un sujeto de cuya esfera emana un peligro ni siquiera imputable objetivamente a su comportamiento organizador.⁶¹ No debe, pues, extrañarnos que las explicaciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la agravación penológica por el omiso salvamento tras injerencia fortuita, en esencia, coincidan con los argumentos esgrimidos para fundamentar deberes intensificados de tolerancia en estado de necesidad defensivo.

⁵⁹ Para un análisis detallado del tratamiento doctrinal de la provocación en Alemania y España, véase MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 677 y ss.

⁶⁰ En relación con el art. 489 bis del CP de 1973, predecesor del actual art. 195.3 CP, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, "El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia", *ADPCP*, 1973, pp. 501 y ss., HUERTA TOCILDO, "Injerencia y art. 489 bis, 3º CP.", *ADPCP*, (38), 1985, pp. 37-59, ZUGALDÍA ESPINAR, "Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal", *CPC*, (24), 1984, pp. 571-590, SILVA SÁNCHEZ, "Problemas del tipo de omisión del deber de socorro" *ADPCP*, 1988, pp. 562-574, EL MISMO, "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal", *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, 1999, pp. 153-172, MOLINA FERNÁNDEZ en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial, vol. II*, 1998, pp. 159-176, MOLINA BLÁZQUEZ, "El artículo 195.3 del Código Penal de 1995: problemas de aplicación", *RDPC*, (4), 1999, pp. 555-580., DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas", *ADPCP*, (55), 2002, pp. 235-282.

⁶¹ Ha sido frecuente entre la doctrina buscar en los tipos omisivos la sanción por infracción de los deberes de tolerancia impuestos en situaciones de necesidad. Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 209, nota 472.

5.1 Injerencia fortuita e imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas

El art. 195.3 CP sanciona de forma agravada la omisión del deber de socorro cuando la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuita o imprudentemente por el que omitió el auxilio. Se trata de una agravación derivada de la idea de injerencia y de que quien fortuita o imprudentemente causa una ocasión de riesgo para un bien jurídico está preferentemente llamado a conjurar dicha situación de contingencia.⁶² Sentado lo anterior y dejando a un lado la injerencia imprudente, la pregunta que debemos formularnos es cómo fundamentar esa designación preferente de competencia respecto a un sujeto que ha obrado conforme a Derecho, y que, pese a ello, si no evita el resultado, será sancionado con una pena mayor a la de la omisión de socorro, en definitiva, qué legitimidad existe para atribuir una mayor responsabilidad que la general a aquél cuya única relación con el peligro es una conexión causal y casual.

a) El vínculo fáctico

A diferencia de lo que acontece con el estado de necesidad defensivo, en relación con el art. 195.3 CP sí existe una importante jurisprudencia que justifica el agravado castigo en la previa interposición de alguna condición causal del resultado lesivo.⁶³ La jurisprudencia viene conformándose con la constatación de una relación de causalidad material y no normativa entre el obrar del agente y el peligro desencadenado. Sería suficiente para la imputación de responsabilidad o mejor, para la concreción del sujeto preferentemente llamado a la solución del conflicto, la constatación de que el omitente ha creado la ocasión de riesgo. Como señala DOPICO, regiría entonces, un sistema de responsabilidad por la causalidad, un *Kasualdogma*.⁶⁴ El mayor desvalor se situaría en el acto mismo de omitir habiendo provocado el peligro, puesto que “es lógico” que a aquél que con su conducta precedente ha generado una situación de peligro para

⁶² En Alemania, la discusión gira en torno a si la injerencia no antijurídica debe o no ser fuente de posición de garantía a los efectos de castigar al injerente que no evita el resultado como si activamente lo hubiera ocasionado. En el § 323 c StGB, en donde se castiga la omisión del deber de socorro, no se alude a la injerencia como factor de agravación de la pena. No obstante, el § 13 StGB prevé la sanción de las omisiones que se correspondan con los tipos activos e incorpora un segundo apartado (§ 13.II) que alude expresamente a la posibilidad de atenuar la pena del delito en comisión por omisión conforme al § 49.I StGB. Esta pena atenuada permite castigar más severamente los omisos salvamentos tras injerencia. Al respecto, recogiendo la doctrina alemana, véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, 2006, pp. 815 y ss.

⁶³ Entre otras, SSTs 13-5-81, 26-3-92, 28-5-90, 20-5-94 y recientemente, STS 11-11-04. Con meridiana claridad, SAP de Barcelona, Sección 8ª, 5-12-97, Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Vilajosana Rubio, en donde se afirma que “para aplicar el subtipo agravado no se requiere que el agente que omitió el auxilio sea responsable del accidente, siendo suficiente que lo haya ocasionado en virtud de una mera relación de causalidad material y no jurídica”. Además, se añade que, en relación con la omisión del deber de socorro, “cabría distinguir tres casos relevantes en orden creciente de gravedad, serían: a) el de mero espectador, cuya conducta estaría regulada en el tipo básico; b) el del agente que interviene en el accidente sin ser responsable penalmente por delito o falta de seguridad contra el tráfico, cuya conducta se subsumiría sólo en el subtipo agravado; c) el de quien además de intervenir en el accidente, es responsable penalmente por el delito o falta de seguridad contra el tráfico, haciéndose posible ambas penas. Finalmente, se añade que en el omiso salvamento tras injerencia, “no sólo se incumple un deber genérico de solidaridad, sino el específico deber de ayuda y socorro que debe prestar a la víctima del accidente quien con su conducta ha ocasionado o producido el evento dañoso, aunque sólo sea con la mera participación, y en todo caso, independientemente del grado de culpabilidad en la producción de aquél.”

⁶⁴ Lo cierto es que, en relación con el art. 195.3 CP, en la doctrina es casi unánime la aseveración de que la causalidad, sin otro dato que permita fundamentar responsabilidad alguna, no justifica un castigo agravado. En contra, véase MOLINA BLÁZQUEZ, RDPC, (4), 1999, pp. 578 y s., para quien el injusto de quien naturalísticamente ha causado el peligro y se desentiende de las posteriores consecuencias lesivas es superior al de quien sin haber causado el peligro, pudiendo, no hace nada por socorrer a la víctima. Críticamente, DOPICO GÓMEZ-ALLER, ADPCP, (55), 2002, pp. 255 y ss.

bienes de terceros le alcance un deber de mayor intensidad que aquél que no lo ha generado y pasa casualmente por ahí.⁶⁵

b) La proximidad social

En consonancia con lo que en su día planteó ANDROULAKIS, han sido constantes los intentos de fundamentar posiciones de garantía –a los efectos de responder en comisión por omisión o por subtipos agravados de la omisión del deber de socorro- partiendo de la idea de una proximidad social con el desamparado.⁶⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, en un primer momento, buscó fundamentar la agravación del art. 195.3 CP no sobre la base de una situación de dependencia fáctica, sino sobre la existencia de una “proximidad social”, en virtud de la cual el que crea el peligro, incluso fortuitamente, es más que un simple tercero al haber entrado en la esfera jurídico-social de bienes de la víctima. Por ende, le corresponde un deber intensificado de evitar la lesión. Entiende que el criterio de la proximidad social no es fáctico o empírico, sino axiológico-normativo. Alude incluso a un sentimiento psicológico-individual y la conciencia ético-social como factores que determinarían que la posición jurídica de quien ha realizado un actuar precedente peligroso, incluso fortuito, es a la hora de tratar de reducir el daño, distinta de la del ciudadano no implicado.⁶⁷

c) La infracción de deberes intensificados de solidaridad

Las posturas inmediatamente acabadas de referir comparten el objetivo común de fundamentar la designación de competencia preferente del sujeto que fortuitamente se injiere en la esfera de otro sobre la base de la infracción del principio de responsabilidad. No obstante, en los últimos tiempos SILVA SÁNCHEZ parece apartarse del criterio de la proximidad social como criterio legitimador de esa responsabilidad agravada y sostiene que el art. 195.3 CP sanciona infracciones intensificadas del principio de solidaridad.⁶⁸ A partir de aquí, trata de fundamentar los concretos deberes de solidaridad y para ello alude a la especial posición jurídica del sujeto que crea el riesgo, dato que puede y debe ser tomado en cuenta por el Derecho penal para la imposición de deberes de solidaridad cualificados. Hasta donde se alcanza, SILVA parece aludir aquí a posiciones jurídicas especiales, vinculadas a instituciones, a la idea de riesgo especial y a la responsabilidad civil por riesgo (*Risikohaftung*). En coherencia con lo anterior, afirma que quien

⁶⁵ En este sentido, con múltiples citas a favor de una fundamentación naturalística de la agravación que se hace en el art. 195.3 CP de la omisión del deber de socorro, véase ARAÚZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro*, 2006, pp. 443 y ss. El injusto sería mayor cuando el omitente hubiera ocasionado el peligro, este mayor injusto fundamentaría la agravación del castigo. En sentido contrario, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE en CONDE PUMPIDO, *Código Penal*, v.II, 1997, pp. 2287 y ss., PORTILLA CONTRERAS en COBO DEL ROSAL (dir), *Compendio de Derecho Penal Español*, 1996, pp. 377 y ss.

⁶⁶ ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963, pp. 248 y ss. Muy clarificadora la exposición crítica al respecto de DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, 2006, pp. 241 y ss.

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1988, pp. 573 y s. Así también, HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, pp. 86 y ss.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, pp. 160 y ss. Cuando aludo a que “parece apartarse” me estoy refiriendo a que explicita la naturaleza solidaria de la agravación del art. 195.3 CP, al aludir a deberes de solidaridad intensificados. Otra cosa es, cómo justificar o fundamentar la existencia de tales deberes de solidaridad.

causa un accidente, aun fortuito, siempre que se den los requisitos de “previsibilidad y evitabilidad del daño”, debe ser sancionado más gravemente que el sujeto que nada tiene que ver con el accidente, pues infringe un deber de solidaridad más intenso.⁶⁹ Adviértase que la fundamentación de la agravación de responsabilidad en la injerencia fortuita a partir de la infracción de deberes intensificados de solidaridad, parece ser la línea que sigue ROBLES para otorgar a los supuestos de estado de necesidad defensivo en los que el peligro no es reconducible en términos de imputación objetiva a acto organizativo alguno un tratamiento dispar. La cuestión es en uno y otro caso, cómo poder fundamentar la existencia de dichos deberes intensificados de solidaridad, traducidos respectivamente en un especial deber de salvamento y en un especial deber de tolerancia de la acción justificada en estado de necesidad defensivo.⁷⁰

d) La responsabilidad penal por el producto

Otro de los ámbitos que tradicionalmente ha dado pie a la discusión acerca de la necesidad de castigar omisiones ulteriores a injerencias que se mantienen dentro del riesgo permitido es el de la responsabilidad penal por el producto. El *punctum saliens* está en si la no retirada del producto comercializado sin infringir previamente ningún deber objetivo de cuidado genera responsabilidad penal, en definitiva, si la injerencia fortuita genera o no posición de garantía. Hasta donde alcanzo, la opinión mayoritaria en España –más dividida se muestra en Alemania– niega la existencia de una posición de garantía de vigilancia a partir de la injerencia si no se ha producido una infracción objetiva del deber de cuidado por parte del distribuidor del producto defectuoso.⁷¹ Se exige que la peligrosidad del producto sea ya objetivamente previsible en el

⁶⁹ No resulta sencillo comprender con exactitud a qué se refiere SILVA cuando alude a la previsibilidad y evitabilidad como factores necesarios del riesgo típico a los efectos del art. 195.3 CP. Hasta donde alcanzo, parece evidente que no puede ser entendida como la exigencia de imputación objetiva entre infracción del deber de solidaridad y riesgo creado. De igual modo, queda claro que la mera causalidad, sin dato alguno adicional, no determina –en el planteamiento de SILVA– posiciones de incumbencia preferente, tampoco a los efectos del art. 195.3 CP. Así pues, creo que la evitabilidad y exigibilidad sólo puede ser comprendida como la exigencia de vínculos de imputación que van más allá de la mera causalidad entendida de conformidad con la teoría de la equivalencia de las condiciones, aproximándose así a las teorías distintivas de la causa directa e inmediata del daño o las teorías limitativas de la responsabilidad basadas en la relevancia de la causa, la causa última o la eficiencia de la causa (*in iure non remota causa, sed proxima spectatur*). Así, la imputación de la responsabilidad, aun no vinculándose a la constatación de la imputación objetiva tampoco se realizaría exclusivamente sobre la mera relación ontológica, sino siempre en virtud de la *last clear chance* de prevenir el daño. Véase SILVA SÁNCHEZ, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, 1999, p. 161.

⁷⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, 1999, pp. 154 y ss., y ROBLES PLANAS, LH-MIR PUIG, 2010, p. 462. Adviértase que decir que es el pensamiento de la injerencia lo que fundamenta el deber intensificado de solidaridad, es tanto como decir nada, si no se explicita el por qué la injerencia (dato netamente naturalístico) fundamenta un deber intensificado de solidaridad.

⁷¹ En contra de la determinación de posiciones de garantía fundadas en la injerencia no antijurídica en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, véase, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 156 y ss., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos” en BOIX REIG/BERNARDI (coord.), *La responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, 2005, p. 130 e ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, 2001, pp. 113 y s. En Alemania, en idéntico sentido, VOGEL, “La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro”, *Revista Penal*, (8), 2001, p. 97 y ss., OTTO, “Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte”, *FS-Hirsch*, 1999, pp. 291 y ss., KUHLEN, “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto”, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, pp. 242 y s. De la opinión contraria es JUANANTEY DORADO, “Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado” en BOIX

momento de la comercialización, pues la injerencia –si es que debe fundamentar posiciones de garantía- no puede nunca instituir una mera responsabilidad objetiva o por el resultado. Lo anterior no impide que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, la no retirada o la infracción de deberes de seguimiento y control del producto previamente comercializado conforme a Derecho deban ser sancionadas a tenor de lo dispuesto en el art. 195.3 CP, puesto que el actuar precedente (comercialización del producto) aun no siendo antijurídico, sí generaría posiciones de incumbencia preferente.⁷²

e) Responsabilidad objetiva derivada de la competencia por organización

Para MOLINA FERNÁNDEZ el deber especial de salvamento recogido en el art. 195.3 CP es una contrapartida más a la permisión social de actividades de riesgo. Así, el ordenamiento jurídico permite actividades peligrosas imponiendo a quienes las llevan a cabo especiales deberes de revocación en caso de peligro. El hecho de actuar cumpliendo con las normas de cuidado, es decir, gestionando un riesgo dentro de los márgenes de lo jurídicamente tolerable no excluye que, en tanto que el sujeto goza de un mayor margen de acción potencialmente lesivo para los intereses de terceros, deba responder preferentemente cuando su actuación genere daños.⁷³ Dice MOLINA que es precisamente esta la idea propia de los sistemas de responsabilidad civil por riesgo y nada se opone a que el Derecho penal establezca posiciones de competencia preferente de acuerdo con el sistema que precisamente rige en el ámbito en donde se desencadena el peligro.

Ahondando en esta línea, DOPICO entiende justificable la especial pena prevista en el art. 195.3 CP al regular este precepto los omisos salvamentos tras injerencia en un ámbito en el que el sistema de responsabilidad rector es puramente objetivo.⁷⁴ Entiende DOPICO que la distribución o asignación de cargas como consecuencia de la gestión de riesgos puede hacerse de manera definitiva, dando lugar a lo que llama riesgos ambientales, aquellos en los que el Derecho *ex ante* libera por completo de responsabilidad al sujeto al que le autoriza a gestión el riesgo, de tal forma

REIG/BERNARDI (coord.), *La responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, 2005, pp. 136 y ss., para quien ni todo actuar precedente peligroso contrario a deber permite fundamentar una posición de garante (sí a los efectos del art. 195.3 CP) ni toda creación del riesgo conforme a deber puede cerrar la posibilidad de imputar los posibles resultados a título de comisión por omisión. Entiende pues, que, “la creación del riesgo sitúa, en principio, a quien lo crea en una posición de deber distinta a la de cualquier otro tercero”. En un sentido similar, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal*, PG, 5ª ed., 1997, pp. 406 y s. En Alemania, a favor de la fundamentación de posiciones de garantía a partir de injerencias no antijurídicas, FREUND, AT, 6/67, pp. 226 y ss., y JAKOBS, ADPCP, (52), pp. 38 y ss., para quien la comercialización de productos constituye un riesgo especial.

⁷² Muy claramente, ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, 2001, pp. 280 y ss., para quien la injerencia fortuita seguida del omiso salvamento debe ser castigada de acuerdo con el art. 195.3 CP. “Parece lógico que quien ha creado el riesgo tiene más responsabilidad que quien no hizo nada”. En idéntico sentido, JUANANTEY DORADO en BOIX REIG/BERNARDI (coord.), *La responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, 2005, pp. 136 y ss.

⁷³ Desde tiempo atrás viene intentando la doctrina señalar cuál es el fundamento que legitima la configuración de sistemas de responsabilidad objetiva. La respuesta viene ofreciéndose a través del principio clásico romano del “*ubi est emolumentum ibi est onus esse debet*”, también conocido como “*cuis commoda, eius incommoda*”, esto es, aquél que emprende una actividad de riesgo para terceros en beneficio propio debe soportar los daños que de tal actividad se deriven, aunque hayan sobrevenido sin dolo ni culpa. Acerca del fundamento del sistema de responsabilidad objetiva, véase REGLERO CAMPOS, *Tratado de Responsabilidad civil*, t.I, 2008, pp. 260 y ss., y Díez PICAZO, *Derecho de daños*, 1999, pp. 41 y ss., EL MISMO, “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, AFDUAM, (4), 2000, pp. 153 y ss.

⁷⁴ Véase, DOPICO GÓMEZ-ALLER, ADPCP, 2002, pp. 261 y ss., EL MISMO, *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, 2006, pp. 727 y ss.

que el origen causal del resultado no permite *ex post* imputar responsabilidad alguna a aquél. Pero también, el legislador puede llevar a cabo una distribución de cargas provisional, trasladando en primera instancia los costes del ejercicio de libertad a un sujeto, sin que ello implique un reparto definitivo, en la medida en que se obliga al ejerciente de libertad a asumir diferentes responsabilidades por los peligros que puedan desatarse en la gestión de dicho riesgo. Ello sería lo que acontece en la previsión como causa de justificación del estado de necesidad agresivo y en los supuestos de responsabilidad objetiva por el riesgo (*Risikohaftung*).⁷⁵

Pues bien, siendo el régimen de responsabilidad civil que rige en el ámbito del tráfico viario -en lo que a la indemnización de los daños personales se refiere- objetivo,⁷⁶ DOPICO no ve inconveniente en afirmar que éste debe ser el régimen y no otro el que estipule la asignación de posiciones de incumbencia preferente a los efectos del art. 195. 3 CP. Así, en interés de la “dinámica social” se establecen unos deberes de aseguramiento acotados o poco gravosos para el gestor del riesgo con la obligación de indemnizar en todo caso o asistir preferentemente a la víctima, con independencia del carácter jurídico o antijurídico de la injerencia que desencadena la situación de riesgo.⁷⁷ En definitiva, sólo podría ser autor del delito del art. 195.3 CP aquel sujeto que ha realizado una conducta lícita a la que quepa imputar el accidente en un régimen de responsabilidad por el riesgo u objetiva.

Lo anterior, esto es, la posibilidad de considerar provisionales ciertas atribuciones o distribuciones de costes derivados de la gestión de riesgos -y así lo reconoce el propio DOPICO-

⁷⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2002, p. 264.

⁷⁶ Adviértase que la LRCSCVM (Ley de Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor) instaure un doble régimen de responsabilidad, según se trate de daños a las personas o daños en los bienes. Los primeros están sujetos a un régimen de responsabilidad objetiva, con causas de exoneración, mientras que los segundos se rigen por un sistema de responsabilidad por culpa, de acuerdo con el régimen general contenido en los arts. 1902 CC y ss. Además téngase en cuenta que el carácter objetivo del sistema de responsabilidad no excluye la posibilidad de alegar con eficacia exonerante la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor extraña a la conducción del vehículo o incluso la concurrencia de culpas como factor minorador de la responsabilidad.

⁷⁷ Entiende DOPICO que la autorización condicionada de riesgos, esto es, la autorización con especiales deberes de revocación permite mantener amplios espacios de libertad. En el ámbito viario, la imposición de deberes de aseguramiento intensificados provocarían un retraimiento de la actividad de riesgo (*chilling effect* o más concretamente, *libel chill*), que ni la indemnización en el marco de un sistema de responsabilidad objetiva ni la especial imposición de deberes de socorro acarrearían. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2002, p. 267. No obstante, la decisión acerca de imponer más o menos deberes de aseguramiento y control del foco de peligro y cómo esto afecta en los incentivos de los agentes para conducir o dejar de hacerlo nada tiene que ver con el establecimiento de un sistema objetivo de responsabilidad. Es decir, si lo que pretende el legislador es aumentar actividad, el sistema preferible sería el basado en la culpa. Si bien no existe diferencia entre los niveles de precaución que adoptan los agentes en sistemas de responsabilidad objetiva en comparación con los basados en la culpa, sí existe en la cantidad de actividad que acaba por generarse. Bajo sistemas de responsabilidad objetiva, el agente debe indemnizar por daños que en un sistema basado en la culpa no asume, costes que por lo tanto no incluye en su balance. Estos costes esperados como consecuencia de daños ocasionados objetiva pero no subjetivamente se incluyen en la previsión de costes de actuación, de forma que esta partida adicional aumenta el precio de la oferta, bajando así la demanda, esto es, los incentivos para conducir. Si la utilidad que le aporta el conducir con amplios márgenes de libertad pero aminorada por las indemnizaciones que debe afrontar, es inferior a la que le supone viajar en transporte público, no dudará en coger el autobús. Además, si se admite el efecto preventivo de la responsabilidad objetiva, lo que está claro, es que entonces la imposición de posteriores deberes de salvaguardar carece de sentido o al menos, su utilidad decrece por lo que su justificación se hace más compleja. Véase EPSTEIN, *Cases and Material on Torts*, 9ª ed., 2008, pp. 581 y ss., SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, 1997, pp. 148 y ss. Así pues, se generaría más actividad, en definitiva más libertad, manteniendo los niveles de aseguramiento exigibles pero sujetando la indemnización por los daños ocasionados a la culpa del agente. En todo caso, el *chilling effect* y la pretensión de generar espacios de libertad explica la disminución de deberes de aseguramiento pero no el motivo por el cual se impone un sistema de responsabilidad objetiva.

guarda un importante maridaje con el concepto de riesgo especial acuñado por JAKOBS y al que ya se aludió en su momento. Conductas causalmente adecuadas pero no antijurídicas serían penalmente relevantes en la medida en que tras de sí implicarían el deber de impedir todas las consecuencias nocivas, puesto que éste deber sería el que haría “socialmente soportable” la gestión inicial del riesgo.⁷⁸ No obstante, DOPICO puede vincular en exclusiva la gestión de riesgos especiales a la posibilidad de imputar sucesos lesivos a conductas lícitas, puesto que enlaza también en exclusiva la aplicación del art. 195. 3CP al tráfico rodado. JAKOBS, en relación con la imposición de especiales deberes de tolerancia en estado de necesidad defensivo, recurre al *topoi* del riesgo especial, pero va más allá, en la medida en que parece que incluso no gestionando riesgos especiales es necesario habilitar al sujeto que se defiende frente a una injerencia no antijurídica a responder en estado de necesidad defensivo. De hecho, la confusión acerca del concepto de riesgo especial es tal, que incluso el propio JAKOBS muestra sus dudas a la hora de afirmar si el uso de automóviles constituye verdaderamente la gestión de un riesgo especial.⁷⁹

6. La determinación de las posiciones de incumbencia preferente

¿Por qué razón cabría imponer un especial deber de tolerancia a un sujeto que causalmente origina un peligro no reconducible siquiera objetivamente a un acto organizativo suyo previo? ¿Qué razón existe para castigar más severamente el omiso salvamento de un sujeto que irresponsablemente ha provocado un accidente? ¿Qué justifica una reducción del derecho de defensa cuándo se ha provocado sin dolo ni culpa al agresor ilegítimo? En definitiva, ¿cuáles son los criterios seguidos por el Derecho penal para considerar a un sujeto preferentemente responsable a efectos distintos de la imposición de penas?

Como ya se ha apuntado, según creo, únicamente dos son los criterios de asignación de posiciones de incumbencia preferente en Derecho penal, la responsabilidad por organización y la infracción de deberes de solidaridad. El principio de culpabilidad es el eje fundamental de todo el sistema de atribución de responsabilidad penal, desplegando sus efectos transversalmente e impregnando todos y cada uno de los niveles de atribución de responsabilidad en el marco del sistema penal. El Derecho penal, tanto en la atribución de responsabilidad como en la determinación de las posiciones de garantía e incluso en la designación de autores idóneos se rige por su propio sistema, único y siempre vinculante. Así pues, no cabe afirmar que las posiciones de incumbencia preferente en el ámbito del tráfico rodado se rigen por un sistema de responsabilidad objetiva por el riesgo, por mucho que ese sea el régimen civil de responsabilidad vigente.

Y no lo es, en primer lugar, porque como apunta PANTELÓN PRIETO la responsabilidad civil por riesgo únicamente tiene cabida en ámbitos de actividad especiales y extraordinariamente

⁷⁸ JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal* (trad. Peñaranda/Suárez/Cancio), 1997, p. 355.

⁷⁹ Véase JAKOBS, *ADPCP*, (52), 1999, pp. 18 y ss. Muestra sus dudas y parece acabar afirmando que al menos en Alemania, el uso de automóviles podría seguir considerándose un riesgo especial. El propio DOPICO afirma que la progresiva ampliación de la extensión del concepto lo ha convertido en inoperante y carente de valor analítico. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, (55), 2002, p. 264.

peligrosos, siendo en España –a día de hoy– la circulación en automóvil un riesgo común.⁸⁰ Advuértase que la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor limita las indemnizaciones a través de baremos, el seguro es obligatorio y cuando no hay seguro que cubra el daño, acaba por sufragar los costes del accidente un Fondo público. Ello evidencia que no estamos ante un sistema de *strict liability*, sino ante una socialización del riesgo a través de un sistema de seguridad social, que no pretende ni prevenir, ni castigar, ni siquiera indemnizar el daño, sino simplemente redistribuir los costes de los accidentes en favor del que ha quedado en situación de necesidad.⁸¹ De hecho, como señala PANTALEÓN, no es necesaria ni la relación de causalidad entre el obrar del sujeto que acaba pagando y el evento dañoso. Las consideraciones anteriores implican que no quepa hablar de sistema de responsabilidad, ni de autor, ni de víctima, ni de título de imputación, ni de pretensiones de justicia conmutativa, sino simplemente de la asunción –en última instancia– por parte del Estado de la gestión de eventos dañosos muy frecuentes y de consecuencias eventualmente muy graves.⁸² Obviamente, querer recurrir a este sistema para asignar posiciones de incumbencia preferente, no es que sea axiológicamente inadecuado, sino que resulta imposible pues no es siquiera un sistema de atribución de responsabilidad. Resulta del todo inimaginable traspasar estas estructuras de distribución del daño al Derecho penal, rama del ordenamiento que pretende proteger bienes jurídicos recurriendo para ello a la sanción, eminentemente preventiva, a diferencia del sistema de responsabilidad civil extracontractual, cuya única finalidad es la reparación del daño, daño que no desaparece, pero que bajo determinadas circunstancias es justo que recaiga finalmente en un tercero.

Es cierto que constantemente tanto el Derecho civil como el Derecho Administrativo establecen sistemas de responsabilidad objetiva en ámbitos de riesgo concretos, pero creo que a nadie se le ocurriría pensar que dichos sistemas pueden ser los rectores a la hora de imputar resultados lesivos de bienes jurídicos penalmente protegidos. Todos esos sistemas, en realidad, son siempre subsidiarios respecto al sistema penal, en el que el dolo y la culpa son ejes esenciales de la imputación. Dice DOPICO que en el tráfico vial, así como en algunos otros, rige un modelo de

⁸⁰ PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual” en MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2000, p. 453. A diferencia de JAKOBS que, como ya se ha apuntado, vacilando, acaba por asegurar que la conducción de automóviles sí constituye la gestión de un riesgo especial, si bien, según creo lo justifica tautológicamente, pues afirma que la existencia de responsabilidad por riesgo y la existencia de seguro obligatorio son los factores que determinan el carácter especial del riesgo. Habría entonces que resolver por qué razón los civilistas consideran admisible la exclusión del requisito de la culpa en el ámbito de los accidentes de circulación y por qué finalmente el legislador obliga a todos los conductores a circular asegurados. Al respecto, véase nota 29. También la jurisprudencia de la Sala 1ª parece tener claro que la responsabilidad por riesgo únicamente es admisible en relación con riesgos distintos a los generales a la vida, con riesgos anormales en relación con los estándares medios. Así, entre otras, SSTs de 20 de marzo 1996, 10 de diciembre 2002.

⁸¹ Así, PANTALEÓN PRIETO en MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2000, pp. 449 y ss., en sentido parecido, REGLERO CAMPOS, *Tratado de Responsabilidad civil*, t.I, 2008, p. 513, quien afirma que la consideración de la responsabilidad civil como una categoría jurídica que cumple una función predominantemente reparatoria y no sancionatoria sirve para justificar la adecuación a la Constitución de los sistemas objetivos de responsabilidad. En sentido opuesto, esto es, sosteniendo la función preventiva de las normas de la responsabilidad extracontractual, véase SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, 1997, pp. 110 y ss.

⁸² Así, PANTALEÓN PRIETO en MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2000, pp. 450 y ss. En relación con la pulverización del riesgo y los sistemas de responsabilidad por riesgo, Díez PICAZO, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 164 y ss.

responsabilidad específico, responsabilidad objetiva por el riesgo y ese es, por tanto, y no otro, el sistema que adopta el Derecho Penal para la configuración de las posiciones de incumbencia preferente.⁸³ Aun cuando esto último fuera cierto, que no lo creo, tampoco alcanzo a ver por qué razón debiéramos tomar en cuenta el carácter del régimen de atribución de responsabilidad civil a los efectos de agravar la responsabilidad por el omiso salvamento y no a la hora de imputar resultados de muerte en el tráfico rodado. ¿Por qué no hacer responder objetivamente al causante de un accidente que acaba con la vida del otro conductor? El régimen de responsabilidad es el mismo, responsabilidad objetiva, pero a nadie se le ocurriría imputarle objetivamente el resultado de muerte al conductor.

Si resulta que el sistema de atribución de responsabilidad penal guarda vinculación únicamente con la imputación directa de resultados siendo la designación de posiciones de incumbencia preferente atenuada aleatoria o vinculada en cada caso al régimen de responsabilidad civil o administrativo vigente en cada ámbito de riesgo, no se explica por qué razón el art. 195.2 y 3 CP distingue y asigna distintas penas al omiso salvamento tras injerencia imprudente y fortuita respectivamente.⁸⁴ Si la designación de la posición de incumbencia preferente o la determinación del autor idóneo se vincula directamente al régimen de responsabilidad objetiva vigente en el tráfico rodado, no existe razón alguna para castigar más severamente la omisión del deber de socorro tras injerencia imprudente, pues el sujeto que se injiere fortuita o imprudentemente es idénticamente responsable (responsable objetivamente) y a continuación es la omisión en ambos casos subjetivamente idéntica, generalmente dolosa. Esto sólo se explica en la medida en que el principio de culpabilidad impregna también la determinación de posiciones de incumbencia preferente, de forma tal que el legislador estima que la injerencia imprudente genera una posición de incumbencia por el riesgo más intensa que la derivada de la injerencia fortuita, de forma análoga a la distinción penológica entre el delito imprudente y el doloso. En otras palabras, no se regula el omiso salvamento tras injerencia pensando en el sistema civil de responsabilidad, sino -como no podría ser de otro modo- atendiendo a los principios de imputación propios del Derecho Penal.⁸⁵

⁸³ Véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, 2002, pp. 266 y s.

⁸⁴ Adviértase que si es el régimen de “responsabilidad” contenido en la LRCSCVM el que determina el sujeto preferentemente competente por el omiso salvamento a los efectos del art. 195. 3 CP, debiéramos castigar también de forma agravada al propietario de vehículo que con motivo de la explotación empresarial de éste, contempla como un trabajador suyo ocasiona fortuitamente un accidente y omite salvar al accidentado, pues civilmente éste también respondería objetivamente. Al respecto, véase REGLERO CAMPOS, *Tratado de Responsabilidad civil, v.II*, 2008, pp. 128 y ss. Lo anterior evidencia que recurrir a la normativa civil para determinar responsabilidades penales es incorrecto y conduce a soluciones inadecuadas.

⁸⁵ Evidentemente, podría alegarse que si el legislador tomara en consideración los criterios de imputación penales, no otorgaría relevancia alguna a la hora de determinar posiciones de garantía a la injerencia fortuita. No obstante, es perfectamente plausible entender que con el término fortuito, no se está aludiendo a la injerencia meramente azarosa sino a aquella inopinada, es decir, a aquella ajena a la voluntad del sujeto, por lo tanto, aquella subjetivamente inimputable. Para evitar una *interpretatio abrogans* únicamente cabe afirmar que el art. 195.3 CP exige injerencias creadoras de riesgos al menos reconducibles en términos de imputación objetiva a un acto de organización previo. Creo entender que esta sería la interpretación que sostiene BALDÓ LAVILLA al analizar el antiguo art. 489 ter CP 73. Véase BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 209, nota 427. En esta misma línea, véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE en CONDE PUMPIDO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, t.II*, pp. 2285 y ss., para quienes el accidente producido como consecuencia de un caso fortuito sólo puede ser aquel en el que, pese a haberse superado el límite del riesgo permitido, el desconocimiento del riesgo era invencible (ausencia de dolo y culpa). Aun así, hesitan en relación con el grado de respeto por el principio de culpabilidad de dicho subtipo agravado.

Como ya se ha señalado, el sistema de responsabilidad propio del Derecho penal es único y se cimienta o bien en la infracción del principio de responsabilidad o bien en la infracción de deberes de solidaridad, lo que no obsta para afirmar que dicho sistema es graduable.⁸⁶ Partiendo de la idea de graduabilidad de la responsabilidad es plausible pensar que cuando las consecuencias aparejadas no se corresponden con la imposición de penas, el grado de responsabilidad necesariamente constatable en el obrar de un sujeto puede ser menor.⁸⁷ La responsabilidad jurídica puede ser más o menos exigente en los criterios de imputación atendiendo a las consecuencias que impone.⁸⁸ Es decir, cuando lo que se pretende es fundamentar una posición de incumbencia preferente a la que no se asocia directamente un castigo, sino simplemente una asignación de competencia especial, un deber de tolerancia intensificado o un deber intensificado de salvamento, será preciso constatar cierto grado de responsabilidad en el sujeto distinguido del resto por el Derecho –no puede existir en un ordenamiento jurídico una incumbencia que se vea determinada por la arbitrariedad o el albur– pero no una constatación de responsabilidad plena, entendida ésta como imputación objetiva y subjetivamente culpable del peligro.

7. La delimitación entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo

Las consideraciones anteriores reflejan a las claras la constante tensión entre lo fáctico y lo normativo a la hora de configurar en Derecho penal posiciones de incumbencia, tanto a la hora de establecer posiciones sujetas al catálogo de responsabilidad del subsistema de mandatos y prohibiciones de hechos dolosos como a la hora de decidir en qué escenario puede quedar un comportamiento típico justificado, es decir, cuáles son los criterios de sumisión al catálogo de responsabilidad del subsistema de causas de justificación.

La respuesta a esta última pregunta pasa –en un primer momento– por atender a los principios o valores superiores con una mayor virtualidad explicativa o legitimadora del subsistema de causas de justificación. Tomando como base los principios de autonomía y solidaridad y más concretamente, ya en un segundo nivel operativo, los principios de responsabilidad por organización, solidaridad intersubjetiva, autodefinición de los propios intereses y el principio del *casum sentit dominus* es posible explicar coherentemente el fundamento del deber de tolerancia intensificado propio de las situaciones de necesidad defensivas.⁸⁹

El estado de necesidad defensivo viene a diluir o limar el importante salto axiológico existente entre la legítima defensa, en donde el peligro originado le es imputable a título doloso al sujeto sobre el que recae la acción defensiva y el estado de necesidad agresivo, situación en la que el

⁸⁶ En este mismo sentido, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 101 y ss. En el mismo sentido, PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 196 y s. “Dado que por ordenamiento jurídico liberal se entiende, primariamente, aquél que le garantiza a sus ciudadanos el reconocimiento de libertad de organización, los deberes de garante tienen que presentarse, en cierto modo, como factores de costo de un balance, en cuya columna del haber esté la garantía de libertad de organización”.

⁸⁷ Admitiendo expresamente el carácter graduable de las posiciones de incumbencia, JAKOBS, *Sobre la normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*, (trad. Cancio Meliá/Feijoo Sánchez), 2003, pp. 135 y ss.

⁸⁸ Al respecto, véase MOLINA FERNÁNDEZ, “Presupuestos de la responsabilidad jurídica”, *AFDUAM*, (4), 2000, p. 61.

⁸⁹ Se sigue en este punto la selección que BALDÓ hace de los principios que legitiman las causas de justificación en situaciones de necesidad. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, *pássim*.

sujeto sobre el que recae la acción defensiva es absolutamente irresponsable por el peligro desencadenante de la situación de necesidad.⁹⁰ Asumiendo la graduabilidad de la responsabilidad que debe impregnar toda institución dogmática entiendo que el grado de responsabilidad y por lo tanto el deber de tolerancia a imponer al sujeto sobre el que recae la acción necesaria debe vincularse directamente con el grado de libertad en la configuración de la propia esfera de organización.⁹¹ A mayor ejercicio de libertad o autonomía individual, mayor responsabilidad y consecuentemente mayor debe ser el derecho de invasión concedido al necesitado como mayor también ha de ser el deber de tolerancia impuesto al agente responsable por el origen del peligro. Adviértase que la graduabilidad de la libertad de organización se extiende a través de la también graduable responsabilidad por organización a los deberes de tolerancia. A medida que descende el ejercicio de libertad, la responsabilidad aminora y consecuentemente lo hace el deber de tolerancia.

La acción lesiva con plena libertad, en definitiva, dolosa, genera plena responsabilidad y desencadena un deber de tolerancia absoluto. Ello es lo que acontece en la legítima defensa, en donde el cuestionamiento del principio de responsabilidad es absoluto y su trascendencia en la determinación de la injerencia justificable únicamente encuentra límites en la solidaridad mínima. Por el contrario, en el estado de necesidad agresivo, el sujeto sobre el que acaba recayendo la acción lesiva no es competente por el origen del peligro, luego no es libre en su configuración, no es responsable por el mismo en modo alguno y sencillamente se le impone un deber de tolerancia mínimo que encuentra su origen, no en una previa responsabilidad por el peligro, sino en un deber de solidaridad general. Finalmente, según creo, en el estado de necesidad defensivo, son los principios de responsabilidad y de solidaridad intersubjetiva los que permiten fundamentar y concretar el nivel o la intensidad de la injerencia justificable.

Es a partir de la diversidad de principios materiales subyacentes y los concretos deberes de tolerancia que se imponen desde donde se extraen de forma coherente los distintos baremos de justificación para cada una de las situaciones de necesidad. Así, las situaciones de estado de necesidad agresivo deben quedar sometidas al régimen del baremo de medición del “interés preponderantemente esencial”. Las situaciones de estado de necesidad defensivo se vinculan al baremo de medición del interés salvaguardado no excesivamente desproporcionado con el causado, legitimando por lo tanto toda acción de salvaguarda, siempre que el aspecto agresivo funcionalmente necesario no sea superior al aspecto de salvaguarda. Y finalmente, para las estructuras de defensa necesaria, se propugna el baremo de la defensa racional.⁹²

Sentado ya que la injerencia justificable en estado de necesidad defensivo queda determinada por el juego entre los principios de responsabilidad por organización y el principio de solidaridad intersubjetiva, es momento ahora de concretar qué grado de responsabilidad es exigible y en qué

⁹⁰ A diferencia de lo que acontece en Alemania, en nuestro país, son mayoritarias las voces que entienden que sólo es agresión ilegítima -a los efectos de la legítima defensa- aquella subjetivamente dolosa, al respecto véase nota 4.

⁹¹ En este mismo sentido, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 101 y ss. Igualmente, PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 196 y s. “Dado que por ordenamiento jurídico liberal se entiende, primariamente, aquel que le garantiza a sus ciudadanos el reconocimiento de libertad de organización, los deberes de garante tienen que presentarse, en cierto modo, como factores de costo de un balance, en cuya columna del haber esté la garantía de libertad de organización”.

⁹² Siguiendo a BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 173.

media despliega sus efectos el principio de solidaridad. Según creo, tan sólo cabe hablar de sujetos preferentemente competentes en la resolución de una situación de necesidad cuando de su esfera ha emanado un peligro que es reconducible en términos de imputación objetiva a actos previos de gestión organizativa.⁹³ La creación de un riesgo que no sea –al menos– imputable objetivamente a un comportamiento organizador del titular de la esfera de organización en donde se encuentra ubicada la fuente de peligro no permite afirmar que ese sujeto es en medida alguna responsable.⁹⁴ Así pues, únicamente cuando se constate la posibilidad de imputar objetiva o subjetivamente a título culposo el riesgo al propio comportamiento organizador será viable afirmar que ese sujeto origina normativamente un peligro para terceros, que le es imputable y que si bien no supone un abuso de su libertad de organización, sí que lo convierte en responsable destacado por las consecuencias que se deriven para terceros.⁹⁵

En tanto que el cuestionamiento del principio de responsabilidad no es absoluto, ello no acarrea sujeción al catálogo de responsabilidad del subsistema de mandatos y prohibiciones de hechos dolosos pero sí que quedará sometido al catálogo de responsabilidad propio del sistema de causas de justificación, es decir, el objetivamente responsable por el peligro deberá tolerar la acción de salvaguarda defensiva.⁹⁶ Pese a ello, al no suponer la originación de la situación de necesidad una negación máxima del principio de responsabilidad, sino un mero cuestionamiento objetivo o en su caso, imprudente, la idea rectora de la solidaridad opera en términos de solidaridad general intersubjetiva, limitando el derecho de injerencia y el deber de tolerancia. En consecuencia, se impondrá –frente a la reacción defensiva de un tercero– un deber de tolerancia intensificado, a caballo entre el propio de la legítima defensa y el del estado de necesidad agresivo, por lo que será justificable la injerencia –y por tanto, imperativamente tolerable– hasta el límite de la desproporción entre los intereses salvaguardados y los dañados.

Que la mera desgracia o el infortunio no son fundamentos sólidos de imputación de responsabilidad no admite excesiva duda, el caso fortuito podrá merecer solidaridad, pero nunca responsabilidad.⁹⁷ Que la imposición o la distribución de cargas en la resolución de conflictos jurídicos en situación de necesidad se pueda hacer prescindiendo del sinalagma que precisamente fundamenta ese procedimiento en el Derecho penal moderno –libertad por organización y responsabilidad por organización– y de su ampliamente aceptado principio limitador –el principio de solidaridad– tampoco parece plausible. Ni la mera causalidad ni

⁹³ Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 134 y s., 60 y s., 170 y ss. Adviértase que si se entiende que la imputación objetiva del riesgo implica necesariamente la imputación subjetiva a título –al menos– culposo, el límite o el criterio de distinción entre unos casos y otros se sitúa en la posibilidad de imputar subjetivamente –a título culposo– el peligro, coincidiendo con la postura defendida en su día por HOYER, „Das Rechtsinstitut der Notwehr“, *JuS*, 1988, p.95.

⁹⁴ En sentido contrario, MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 81 y ss., quien distingue entre responsabilidad como originación del hecho y responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo. Entiende que cuando alguien se beneficia de la actividad arriesgada que provoca el mal ajeno, es legítimo desplazar el mal, permitiendo así un reparto de cargas equitativo. La distribución de cargas –se puede hacerse a tenor del merecimiento (imputación subjetiva) o con base en la equidad. Así pues, la distribución de los males inevitables puede y debe llevarse a cabo mediante criterios correctores de justicia distributiva si la situación dada no lo es.

⁹⁵ Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 171.

⁹⁶ En este sentido, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, *pássim*.

⁹⁷ En este sentido, rotundamente, JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, 2008, p. 21.

ningún otro mero dato fenotípico pueden fundamentar responsabilidad alguna.⁹⁸ Es absolutamente arbitrario distinguir –también a los efectos de imponer deberes de tolerancia– entre sujetos por la mera vinculación causal-mecánica, arbitrariedad que convertiría esos subsistemas de atribución de responsabilidad penal en sistemas irracionales, vinculados a aquello a lo que algunos no han dudado en llamar “la peste del Derecho”, la causalidad.⁹⁹ La constatación de posiciones ontológicas disímiles no implica la existencia de posiciones deontológicas desiguales.¹⁰⁰

En un ordenamiento jurídico como el nuestro, en donde la atribución de responsabilidades no se sortea y en el que el Derecho penal se rige por el parámetro de la libertad como auto-legislación, las posiciones de incumbencia y la distribución de cargas únicamente pueden encontrar un sostén sólido en las sucesivas expresiones de autonomía de los sujetos destinatarios de las normas. Esas posiciones de incumbencia preferente tienen que mostrarse como factores de “costo de un balance” en donde la garantía de libertad de organización es un pilar indispensable.¹⁰¹ Así, la determinación de esas posiciones de incumbencia encuentra legitimación en el hecho de que aseguran aquellas condiciones de la libertad de organización que la convierten en una parte de la libertad real.¹⁰² El sujeto responsable –aunque objetivamente– por el peligro, cuestiona el principio de responsabilidad habiendo podido gestionar su esfera de organización libremente, luego él, es el llamado preferentemente a solucionar la situación de necesidad que ha creado. Se le llama a él con carácter prioritario, no porque el peligro emane de su esfera, sino porque hemos constatado un previo acto organizativo generador de un riesgo jurídicamente desaprobado. No es posible cuestionar el principio de responsabilidad sin crear un riesgo jurídicamente desaprobado.

⁹⁸ Advuértase lo incongruente de algunas de las consecuencias a las que se llega al considerar la causalidad el criterio rector de la determinación de posiciones de incumbencia preferente. A propósito de la injerencia fortuita, señala ARAÚZ ULLOA que el conductor del vehículo debe responder si omite salvar a la víctima del accidente que ha ocasionado de acuerdo con el tipo agravado, mientras que los demás ocupantes del vehículo lo harían de acuerdo con el tipo básico. ARAÚZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro*, 2006, pp. 446 y s. ¿Por qué no debería responder por el tipo agravado la mujer del conductor que mapa en mano le indicó la ruta que debía seguir? ¿Por qué no lo debería hacer el pasajero del asiento de detrás de un lujoso descapotable que al frenar bruscamente sale despedido cayendo sobre la víctima y lesionándola gravemente? Hacer responder agravadamente al que ha caído encima de la víctima al salir disparado del vehículo sería del todo irracional, como lo sería imponer un deber de tolerancia intensificado al pasajero que ha sido secuestrado en un avión y amenaza con impactar y dañar a un tercero.

⁹⁹ Literalmente, “*Causation has plagued courts and scholars more than any other topic*”, FLEMING, *The Law of Torts*, 9ª ed., 1998, p. 218, a propósito de la causalidad como criterio de atribución de responsabilidad en el derecho de daños.

¹⁰⁰ En este sentido, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 316.

¹⁰¹ En este sentido, PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 196 y s. En un sentido similar, acerca de la función del principio de responsabilidad como elemento asegurador de la separación entre esferas organizativas, véase BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 53 a 61.

¹⁰² Lo cierto es que dos son los títulos de imputación de responsabilidad penal, la atribución de responsabilidad por la organización de la propia esfera jurídica de libertad y la atribución de responsabilidad por la infracción del principio de solidaridad. La conculcación de deberes de solidaridad es también fundamento de la imputación penal. Así, entre otros, véase SILVA SÁNCHEZ, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión” en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, pp. 158 y s. No obstante, hasta donde alcanzo, nadie ha tratado de fundamentar la imposición de un especial deber de tolerancia en el estado de necesidad defensivo sobre la única base de la solidaridad. El principio de solidaridad parece desempeñar una función limitadora, determinando la imposición de un deber de tolerancia sensiblemente inferior al propio de las situaciones de defensa necesaria. Así, entre otros, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, *pássim*.

No se acaba de comprender por qué razón afirman JAKOBS y los autores que le siguen que el principio que fundamenta las respuesta defensivas en el estado de necesidad defensivo no es el principio de responsabilidad, sino el principio de ocasionamiento, ni qué diferencia existe precisamente entre esa fundamentación y las de corte naturalístico rotundamente rechazadas por JAKOBS. Todas las tentativas de conceptualizar el estado de necesidad sobre la base de la *quasiresponsabilidad* chocan con un mismo obstáculo y es que –por definición– *quasiresponsabilidad* es algo menos que responsabilidad, es no responsabilidad. Se acaba fundamentando la posición de garantía preferente sobre datos fácticos o naturalísticos disimulados o en todo caso sobre actúes precedentes conforme a Derecho. Comportamientos que no superan el listón de los riesgos permitidos no pueden tacharse –a ningún efecto, tampoco a efectos de imposición de deberes de tolerancia– de injustos, ni siquiera cuando tengan efectos dañinos por la mera desgracia. Si constatamos una organización no deficiente normativamente, la ubicación fáctica de la fuente de peligro pasa a ser un dato absolutamente irrelevante. La reprobación social debe guardar relación con la conducta del implicado, no con el daño, pues, la culpa no está en el daño, sino en el comportamiento causante de aquél. Los incrementos de riesgo, en el perímetro permitido, son precisamente eso, riesgos permitidos, no antijurídicos, de cuya gestión no se deriva responsabilidad penal de ningún tipo con independencia de los resultados que puedan acaecer. Es a todas luces contradictorio permitir un comportamiento y valorarlo como correcto jurídicamente, para acto seguido, al desencadenarse un peligro buscar en ese comportamiento previo el fundamento de responsabilidad jurídico-penal para imponer un deber de tolerancia intensificado.¹⁰³

Normativamente, la incumbencia causal, el estar involucrado, o la proximidad son datos superfluos. En la medida en que se actúe bajo el umbral del riesgo permitido el Derecho no debe distinguir entre sujetos, pues, no hay forma de hacerlo entre iguales. Aunque pueda parecer contra intuitivo, normativamente, es tan ajeno al peligro el camarero que sirviendo cafés en una terraza ve como un conductor que se ha desmayado al volante va a atropellar a una joven que cruza la calzada como el mismo conductor, al cual la pura desgracia le ha transformado en un foco de peligro. Obviamente podemos afirmar que el sujeto que se ha desmayado tiene el deber de controlar ese foco de peligro y que el camarero no, pero el problema es que el conductor no puede y a nadie se le puede imponer un deber que no podrá cumplir. Decir que en estos casos tenemos un sujeto competente de forma preferente –aunque sea parcialmente preferente– implica elevar lo meramente factual o la desgracia a factores de atribución de responsabilidad.

¹⁰³ JAKOBS se defiende en este punto alegando que es precisamente la existencia de posteriores deberes de revocación, lo que habilitan al sujeto a ejercer la concreta actividad. JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal* (trad. Peñaranda/Suárez/Cancio), 1997, p. 355. No obstante, sigue sin explicarse por qué razón el Derecho penal acaba por escoger entre toda la humanidad a un concreto sujeto para que responda o conjure el peligro preferentemente, incluso, en los casos de estado de necesidad defensivo, con independencia de que el sujeto pueda o no pueda revocar el peligro. Piénsese en el gestor de un riesgo especial, el conductor de un automóvil que se queda dormido al volante y amenaza con lesionar a un peatón. Incluso afirmando que al conductor se le habilita a conducir con la condición de que conjure los peligros que crea, no puede hacerlo y aun así el Derecho le impondría un deber de tolerancia agravado, de forma que, en caso de riesgo para la vida del peatón habilitaría a un tercero a acabar con la vida del conductor en estado de necesidad defensivo. Acerca de la relación entre injerencia y riesgo especial, asumimos completamente la crítica de BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 11ª ed., 2003, pp. 291 y s., “*Es wäre widersprüchlich, jemandem ex ante ein Tun zu gestatten und ex post dieses Tun zum Grund einer Garantenstellung zu machen, die dem folgenden Unterlassen die Qualität einer Straftat verleiht (...)*”, (Sería contradictorio permitir a alguien hacer algo para posteriormente tomar ese hecho como fundamento de una posición de garantía que, seguida de una omisión, conlleva un castigo).

Tampoco se acaba de apreciar por qué razón la gestión de riesgos especiales permitida admite la imputación posterior de sucesos lesivos.¹⁰⁴ Al margen de que JAKOBS no ha precisado nunca suficientemente el concepto de riesgo permitido y que en los últimos tiempos ha ido ampliando su ámbito de aplicación hasta abarcar prácticamente toda gestión de actividad de riesgo, aun cuando fuera cierto que en estos ámbitos los principios rectores del estado de necesidad serían otros, quedaría por solventar multitud de supuestos en los que se gestionan riesgos no especiales y en los que sería preciso poder justificar reacciones defensivas en estado de necesidad defensivo. Actualmente, tiene ya poco o ningún sentido atribuir posiciones de incumbencia sobre la base de que quien convierte el mundo en algo más peligroso debe pagar en caso de necesidad, puesto que prácticamente ya nadie puede actuar hoy sin incrementar relevantemente el riesgo para terceros.

Todo lo anterior, permite concluir que, únicamente cabe conjurar peligros en estado de necesidad defensivo cuando el sujeto contra el que se responde sea responsable en términos de imputación objetiva por la creación o la no contención del peligro que desencadena la situación de necesidad. La intensidad de lesión justificable en estado de necesidad defensivo –que se corresponde con el deber de tolerancia imponible al responsable por el peligro– encuentra su límite en la extrema desproporción entre los intereses salvaguardados y los lesionados. El principio de solidaridad mínima intersubjetiva –en tanto que condiciona al principio de responsabilidad en el despliegue de sus efectos– no habilita a lesionar intereses de sujetos responsables objetivamente por peligros que generan situaciones de necesidad cuando la valoración de la lesión en los intereses ajenos supera relevantemente la de los salvaguardados.¹⁰⁵

8. Estado de necesidad defensivo y solidaridad

Como ya se dijo anteriormente, toda la discusión acerca de dónde situar la frontera entre los casos de estado de necesidad agresivo y defensivo está fuertemente condicionado por todos esos supuestos en los que el peligro emana irresponsablemente de un sujeto contra el que el amenazado se defiende en salvaguarda de sus propios intereses. Pues bien, para la mayor parte de la doctrina el sujeto que en ejercicio de su libertad de organización gestiona de modo tal que *ex*

¹⁰⁴ De hecho, creo que el concepto de riesgo especial carece de trascendencia en este punto. Por un lado, porque incluye prácticamente la gestión de cualquier riesgo y por otro, porque basa la distinción entre el estado de necesidad agresivo y defensivo en el comportamiento organizador previo, criterio transversal a la gestión de todo riesgo. JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, p. 20.

¹⁰⁵ En el § 34 StGB se alude a la ponderación de intereses, a diferencia del CP español en donde se habla de la ponderación de males. No obstante, según entiendo el objeto de ponderación en ambos juicios es el mismo. El legislador alemán formula la determinación del objeto de ponderación de forma positiva, esto es, habla de salvaguarda de intereses, a diferencia del español que opta por indicar lo mismo en sentido negativo, exigiendo que se soslaye el mal mayor. Salvaguardar el interés superior implica causar el mal menor y viceversa, causar el mal mayor implica salvaguardar un interés que no prepondera esencialmente sobre el lesionado. Cuando el § 34 StGB o el artículo 20.5 CP exigen comparar intereses o males está exigiendo ponderar los bienes jurídicos en liza atendiendo a la probabilidad de lesión, a la intensidad del daño esperado y a posibles correcciones de valor de carácter subjetivo. Adviértase que esta determinación del objeto de ponderación en el estado de necesidad es notablemente más restrictiva que la que hace la mayoría de la doctrina en uno y otro país. Esta limitación de los elementos que conforman el objeto de ponderación permite llevar a cabo la ponderación otorgándole a tal juicio el peso que merece en la causa de justificación, sin convertir tal proceso en un juicio omnicompreensivo cuya solución *ex ante* es de imposible previsión. Para un estudio detallado acerca del objeto de ponderación en España y Alemania (y en contra de lo que aquí se sostiene) véase MARTÍNEZ CANTÓN, *La Ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 185 a 334 y EL MISMO en *LH-MIR PUIG*, 2010, pp. 406 y ss.

post genera irresponsablemente riesgos para terceros no es ajeno al peligro, no ocupa una posición equivalente al sujeto que nada tiene que ver con aquél. En la distribución social de cargas para solucionar la situación de necesidad, parecería que a aquel sujeto, le corresponde una asunción de costos superior al del resto de miembros de la sociedad.

Como también se ha defendido aquí, en el estado de necesidad agresivo, el deber de tolerancia se impone pese a constatar la absoluta irresponsabilidad por el peligro del sujeto sobre el que recae la acción defensiva, pues aquél se fundamenta sobre la base del principio de solidaridad. Sería plausible pensar, que puede ser la solidaridad, más allá del principio de solidaridad intersubjetiva, el fundamento que justificara la imposición de deberes de tolerancia intensificados en supuestos de estado de necesidad defensivos en los que el peligro no es reconducible en términos de imputación objetiva a un actuar organizativo precedente. Si no voy errado, es esta la dirección en la que apunta ROBLES quien toma como punto de partida la incumbencia factual para delimitar los casos de estado de necesidad agresivo del resto.¹⁰⁶ En realidad, la propuesta de ROBLES encaja bien con la posibilidad también sostenida por BALDÓ de encontrar referencias simétricas, reflejos, entre la justificación en situaciones de necesidad y el tratamiento de los tipos omisivos.¹⁰⁷ Así las cosas, del mismo modo en que SILVA apunta a la existencia de unas omisiones intermedias entre aquellas idénticas estructural y materialmente a la comisión activa (comisión por omisión) y aquellas basadas en la infracción del deber de solidaridad mínimo o intersubjetivo (omisión pura), a las que llama omisiones puras de garante y vincula a la infracción de deberes intensificados de solidaridad, ROBLES entiende que al margen de los supuestos de estado de necesidad defensivo en los que el peligro fuera imputable subjetivamente a título culposo al sujeto de cuya esfera emana, habría un segundo grupo, en el que el deber de tolerancia impuesto sería menor al anterior y fundamentado, no ya en el cuestionamiento objetivo del principio de responsabilidad, sino en la infracción de deberes de solidaridad superiores al mínimo o general intersubjetivo.¹⁰⁸ No es posible considerar aquí la posible fundamentación de esos deberes de tolerancia intensificados. Sin embargo, como el propio SILVA reconoce, la solidaridad como título de imputación de responsabilidad precisa de un importante ejercicio de fundamentación, pues, no parece la nuestra una “sociedad hormiguero” en la que la imposición de cargas y deberes se legitime sobre el único pilar de la utilidad.¹⁰⁹ Indudablemente existen deberes de solidaridad,

¹⁰⁶ ROBLES PLANAS en *LH-MIR PUIG*, 2010, pp. 460 y ss.

¹⁰⁷ En este sentido, véase BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 209. Aunque no he querido aquí considerar detalladamente la posibilidad de encontrar el reflejo de la infracción de los deberes de tolerancia en los tipos que castigan las omisiones jurídico-penalmente relevantes, sí que creo, como en su día señaló BALDÓ, posible vincular la infracción del deber de tolerancia en estado de necesidad agresivo a la omisión pura del deber de socorro (art. 195.1 CP), la infracción del deber de tolerancia en estado de necesidad defensivo a la omisión de socorro agravada (art. 195.3CP) y finalmente, la infracción del deber de tolerancia previa agresión antijurídica (legítima defensa) al castigo en comisión por omisión (art. 11 CP) como si de la comisión activa del tipo se tratara.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, 1999, p. 161. Para un estudio detallado de la solidaridad y su fundamentación en Derecho Penal, véase VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005, *pássim*. En relación con la clasificación tripartita de las omisiones, véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 345 y ss.

¹⁰⁹ En favor del reconocimiento de deberes positivos o de solidaridad, véase GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*, (3), 1986, pp. 17 y ss., para quien la justificación de los deberes positivos es idéntica a la de los negativos, a saber, la protección de bienes que se consideran valiosos, definidos por criterios de coherencia y equidad. No obstante, ya en el propio concepto de deber positivo lleva a cabo una restricción fundamental del deber y su intensidad, al definirlo como aquél cuyo contenido se basa en la asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del destinatario y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual

generalmente vinculados a instituciones y cuya infracción, atendiendo a su intensidad, puede tener relevancia jurídico penal. Pero de ahí a sostener que existen deberes de solidaridad intensificados que fundamentan deberes de tolerancia también intensificados que, en definitiva, obligan a un sujeto a tolerar graves injerencias en sus intereses en pro de la generalidad, hay un salto muy importante. En la medida en que no sea posible fundamentar ese plus de solidaridad basado en la voluntad de mantener lo común, únicamente cabe buscar en la infracción del principio de responsabilidad el fundamento en virtud del cual atribuir o imponer especiales deberes de tolerancia.

9. Conclusiones

Aun siendo pacífico afirmar que la intensidad de las injerencias en intereses ajenos justificables en estado de necesidad defensivo debe ser superior a la admisible cuando se lesionan intereses de un tercero en estado de necesidad agresivo, no se ha alcanzado el consenso a la hora de conceptualizar una y otra causa de justificación, al no existir acuerdo en relación con el grado de vinculación exigible entre el sujeto y el peligro que emana de su propia esfera. En caso de entender admisible una reacción en estado de necesidad defensivo, la intensidad de la injerencia justificable se ensancha de la misma manera en la que lo hace el deber de tolerancia jurídicamente impuesto al sujeto de cuya esfera emana el peligro. Así pues, esa designación de competencia preferente en la solución del conflicto únicamente puede hacerse de forma respetuosa con los principios de imputación propios del Derecho penal, el principio de responsabilidad por organización y la designación institucional de posiciones de garantía. En tanto que la consecuencia aparejada a la infracción del principio de responsabilidad no es la imposición de una pena y que la responsabilidad admite gradación, la imposición del especial deber de tolerancia propio de las situaciones de estado de necesidad defensivo no queda vinculada a la posibilidad de imputar objetiva y subjetivamente culpable el peligro al sujeto que lo ocasiona. Es condición necesaria y suficiente la constatación de un cuestionamiento objetivo del principio de responsabilidad por organización, esto es, deberá ser –al menos– posible reconducir el peligro al sujeto en términos de imputación objetiva. No es descartable la posibilidad de fundamentar deberes de tolerancia intensificados y por tanto también, reacciones en estado de necesidad defensivo justificante sobre la base de infracciones del principio de solidaridad. En todo caso, esto último requeriría un esfuerzo de fundamentación que fuera más allá del ya llevado a cabo por la doctrina para legitimar el deber de solidaridad mínimo intersubjetivo que caracteriza al estado de necesidad agresivo, pues la injerencia admisible y el deber de tolerancia impuesto serían superiores.

previa. Adviértase que el carácter trivial del sacrificio parece casar mal con la posibilidad de imponer deberes de tolerancia intensificados en situaciones de estado de necesidad defensivas, pues como señala PAWLIK, el deber de tolerancia limita todavía más la libertad del sujeto que el deber de socorro. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 154 y s. Acerca del fundamento de los deberes de solidaridad, véase SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia” en *LH Prof. Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 a 1128. Sobre la relación entre la utilidad y la justa distribución de cargas y beneficios, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 76 y ss.

10. Bibliografía

Nikolas K. ANDROULAKIS (1963), *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Beck, München.

Manuel ARÁUZ ULLOA (2006), *El delito de omisión del deber de socorro*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (1999), *Derecho penal: parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.

- EL MISMO (1997), *Principios de Derecho Penal: parte general*, 5ª ed., Akal, Madrid.

Francisco BALDÓ LAVILLA (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Bosch, Barcelona.

Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER/Wolfgang MITSCH (2003), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Giesecke, Bielefeld.

Ángel CALDERÓN CEREZO/José Antonio CHOCLÁN MONTALVO (2001), *Derecho Penal: parte general*, t.I, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

Maria da CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA (2009), *Vida contra vida: conflitos existenciais e limites do direito penal*, Coimbra Editorial, Coimbra.

Antonio CUERDA RIEZU (1984), *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid.

Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

- EL MISMO (2000), "Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual", *AFDUAM*, (4), pp. 153 y ss.

Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER (2006), *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- EL MISMO (2002), "Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos a conductas lícitas", *ADPCP*, (55), pp. 235 y ss.

Richard A. EPSTEIN (2008), *Cases and Materials on Torts*, 9ª ed., Wolters Kluwer Law & Business/Aspen Publishers.

John G. FLEMING (1988), *The Law of Torts*, 9th ed., Sydney, The Law Book Co.

Georg FREUND (2008), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Berlin.

Ernesto GARZÓN VALDÉS (1986), "Los deberes positivos generales y su fundamentación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*, (3), pp. 17 y ss.

Winfried HASSEMER/Francisco MUÑOZ CONDE (1995), *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Hans Joachim HIRSCH (1999), *Derecho Penal, Obras completa: Libro homenaje*, t.I, traducido por AA.VV., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

- EL MISMO (2008), "El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana", en Carlos GARCÍA VALDÉS/Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE/Antonio Rafael CUERDA

RIEZU/Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA/Rafael ALCÁCER GUIRAO (coords.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, v.I, Edisofer, Madrid, pp. 1005 a 1032.

Andreas HOYER (1988), "Das Rechtsinstitut der Notwehr", *JuS*, (89).

Tatjana HÖRNLE (2010), "Matar para salvar muchas vidas", *InDret* 2/2010, (www.indret.com).

Joachim HRUSCHKA (1977), "Extrasystematische Rechtfertigungsgründe" en *FS-Dreher*, Walter de Gruyter, Berlin & New York, pp. 189 y ss.

Susana HUERTA TOCILDO (1985), "Injerencia y art. 489 bis, 3º CP", *ADPCP*, (38), pp. 37 y ss.

Mª Elena ÍÑIGO CORROZA (2001), *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Bosch, Barcelona.

Günther JAKOBS (1997), *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de la 2ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras/José Luís Serrano González de Murillo, 2º ed., Marcial Pons, Madrid.

- EL MISMO (2008), *Rechtszwang und Personalität*, Schöningh, Paderborn.
- EL MISMO (1993), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienausgabe. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin.
- EL MISMO (2003), *Sobre la normativización de la Dogmática jurídico-penal*, traducido por Manuel Cancio Meliá/Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid.
- EL MISMO (1997), *Estudios de Derecho penal*, traducido por Enrique Peñaranda Ramos/Carlos J. Suárez González/Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid.
- EL MISMO (1999), "Teoría y praxis de la injerencia", *ADPCP*, (52), pp. 17 y ss.
- EL MISMO (2009), "Dolus Malus", *InDret* 4/2009, (www.indret.com).

Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND (2002), *Derecho penal: parte general*, traducción de la 5ª ed. alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada.

Carmen JUANATEY DORADO (2005), "Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado" en Javier BOIX REIG/Alessandro BERNARDI (coord.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid.

Urs KINDHÄUSER (2008), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden.

Michael KÖHLER (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin.

- EL MISMO (2006), "Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand", *FS-Schroeder*, C.F. Müller, Heidelberg.

Lothar KUHLEN (1996), "Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto", en Santiago MIR PUIG/Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona.

Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ (2002), *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/Carlos PÉREZ DEL VALLE (1997), “De la omisión del deber de socorro” en Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t.II, Edigrafos, Getafe.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (1996), *Curso de Derecho Penal, parte general*, v.I, Editorial Universitas, 2002.

- EL MISMO (2002), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed., BdeF, Montevideo/Buenos Aires.

Silvia MARTÍNEZ CANTÓN (2006), *La ponderación en el estado de necesidad*, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, León.

- EL MISMO (2010), “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad” en Diego Manuel LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 405 y ss.

Reinhart MAURACH/Heinz ZIPF (1994), *Derecho penal: parte general*, traducción de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch/Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires.

Santiago MIR PUIG (2008), *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona.

Santiago MIR PUIG/Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (1996), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona.

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (1998), “Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria” en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, v.II, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid.

- EL MISMO (2000), “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, *AFDUAM*, (4), pp. 57 y ss.

- EL MISMO (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona.

María Concepción MOLINA BLÁZQUEZ (1999), “El artículo 195.3 del Código Penal de 1995: problemas de aplicación”, *RDPC*, (4), pp. 555 y ss.

Lars OTTE (1998), *Der durch Menschen ausgelöste Defensionotstand*, Lang, Frankfurt am Main; Berlin.

Harro OTTO (1999), “Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte” en *FS-Hirsch*, Walter de Gruyter, Berlin & New York.

Omar PALERMO (2006), *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (2000), “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas) en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid.

Ingeborg PUPPE (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.

Fernando REGLERO CAMPOS (2008), *Tratado de Responsabilidad Civil*, t.I, II y III, 4ª ed., Aranzadi, Madrid.

Ricardo ROBLES PLANAS (2010), "En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos", en Diego Manuel LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 445 y ss.

- EL MISMO (2007), *Garantes y cómplices*, Atelier, Barcelona.

Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2005), "Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos" en Javier BOIX REIG/Alessandro BERNARDI (coord.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, Madrid.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (1973), "El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia", *ADPCP*, (26), pp. 501 y ss.

Michael PAWLIK (2002), *Der Rechtfertigende Notstand: zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Walter de Gruyter, Berlin.

- EL MISMO (2003), "Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte", *GA*.

- EL MISMO (1995), "Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur", *GA*, pp. 360 y ss.

- EL MISMO (2010), *La libertad institucionalizada*, traducido por AA.VV., Marcial Pons, Madrid.

Joachim RENZIKOWSKI (1994), *Notstand und Notwehr*, Dunker & Humblot, Berlin.

Claus ROXIN (2006), *Derecho penal: parte general, Fundamentos de la teoría del delito*, t.I, traducción de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.

Pablo SALVADOR CODERCH/M^a Teresa CASTIÑEIRA PALOU/Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (1997), *Prevenir y castigar*, Marcial Pons, Madrid.

Friedrich SCHAFFSTEIN (1952), "Notwehr und Guterabwägungsprinzip", *Monatschrift für deutsches Recht*, pp. 132 y ss.

Bernd SCHÜNEMANN (1971), *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, O.Schwartz, Göttingen.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (2005), "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia", en Agustín JORGE BARREIRO (dir.), *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Pamplona, pp. 1007 a 1028.

- EL MISMO (1982), "Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc. III, pp. 663 a 691.

- EL MISMO (2001), "¿Ex delicto?", *InDret* 3/2001, (www.indret.com).

- EL MISMO (1999), "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión" en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Manuales de Formación Continuada, nº 4, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

- EL MISMO (1988), "Problemas del tipo de omisión del deber de socorro", *ADPCP*, (41), pp. 561 y ss.
- EL MISMO (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona.
- EL MISMO (2005), "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia" en *LH- Prof. Rodríguez Mourullo*, Civitas, Pamplona.

Günter STRATENWERTH (1956), "Prinzipien der Rechtfertigung", *ZStW*, (68), pp. 41 a 70.

Daniel VARONA GÓMEZ (2005), *Derecho penal y solidaridad: teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Dykinson, Madrid.

Joachim VOGEL (2001), "La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro", *Revista Penal*, (8), pp. 95 y ss.

José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (1984), "Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal", *CPC*, (24), pp. 571 y ss.

11. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal y Fecha	Referencia	Magistrado Ponente
STS de 13 de mayo de 1981	RJ 1981\2222	José Hijas Palacios
STS de 26 de marzo de 1992	RJ 1992\2480	Antonio Huerta y Álvarez de Lara
STS de 28 mayo de 1990	RJ 1990\4462	Fernando Díaz Palos
STS de 20 de mayo de 1994	RJ 1994\4480	Justo Carrero Ramos
STS de 11 de noviembre de 2004	RJ 2004\7537	Andrés Martínez Arrieta
SAP de Barcelona de 5 de diciembre de 1997	ARP 1997\1883	José María Vilajosana Rubio
STS (Sala 1ª) de 20 de marzo de 1996	RJ 1996\2244	Antonio Gullón Ballesteros
STS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 2002	RJ 2002\10435	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez