EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 272-302

LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE. UN DESAFÍO PARA LA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN

Dr. Andrés FALCONE*

Fecha de recepción: 5 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2018

I. Planteamiento del problema. El estado de necesidad exculpante frente a las exigencias de la accesoriedad limitada

Desde su primer sistema moderno, la teoría del delito se desarrolla —en tanto teoría de la imputación— sobre una afianzada y aparentemente incuestionable distinción fundamental entre la desaprobación de un hecho y la de su autor. En tal sentido, aún hoy continúa siendo dominante la posición que define el contenido de este juicio adscriptivo a partir de dos estadios o momentos: el primero, constituido por la evaluación de un suceso externo, considerado —formalmente— a partir del incumplimiento de la norma inferida de un precepto legal y —materialmente— de la afectación a un bien jurídico. En el segundo estadio del sistema, la valoración sobre el autor se establece a partir de la potestad que tiene el derecho de exigirle a un ciudadano la realización de una conducta distinta a la que *causó* ese hecho, cuyo juicio negativo ya se encuentra perfeccionado. Entonces, la dogmática jurídico-penal, en tanto ciencia hermenéutica, se siente orgullosa de poder presentar a su comunidad un complejo sistema de resolución de conflictos, cuya técnica operacional funciona sobre la base de esta bipartición.[1]

* Docente de la Universidad de Buenos Aires. Magister Legum y Doctor en Derecho por la Universidad de Regensburg (Alemania). Email: falconeandres@gmail.com. El presente trabajo se desarrolló en el marco del proyecto de investigación "Supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante" —UBA Ciencia y Tecnología—; Código: 20020150200084BA; Dirección: Macelo D. Lerman. El autor agradece, además, a Ivó Coca Vila, Marcelo Lerman, Jazmín Auat y Alberto Barbuto por los numerosos comentarios y sugerencias.

[1] En este sentido, fue WELZEL ("Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahren und die finale Handlungslehre", en *JuS*, 1966, p. 421) quien sostuvo que la distinción entre tipicidad, antijuridicidad y

Ahora bien, según esta posición dominante, de forma previa al estudio de las concretas circunstancias que pudieron haber llevado al autor a la realización del hecho desaprobado —lo que imposibilitaría el perfeccionamiento de este juicio adscriptivo—, el ordenamiento jurídico-penal establece que también forman parte del hecho el ejercicio de ciertas defensas que posee el ciudadano a su favor, frente a peligros de origen externo que afectan bienes jurídicos de su titularidad. De este modo, si se realiza una defensa como esta, el hecho acaecido resulta, finalmente, aprobado por el derecho, que reconoce en cabeza del sujeto de imputación un *derecho de necesidad*. Entonces, el perfeccionamiento de la imputación de un delito a un autor se ve impedido tanto cuando, a pesar de que se contraríe una norma, no opera una lesión a un bien jurídico —por lo que no existe un hecho desaprobado—, como cuando al autor no puede imputársele la no realización de un hecho distinto al desaprobado. En efecto, la nítida diferenciación entre una lesión *justificada* a un bien jurídico y la *inevitabilidad* de la conducta del autor constituye el reverso de la consagrada distinción entre la desaprobación del hecho y del autor.[2]

Entonces, según esta línea de pensamiento, el instituto del estado de necesidad se encontraría sistemáticamente dividido entre el juicio sobre el hecho y sobre su autor, abarcando así toda la estructura del delito. En este sentido, el Código penal alemán distingue entre el estado de necesidad justificante, que opera en el injusto (hecho), y el estado de necesidad exculpante, que opera en la culpabilidad (autor). En efecto, el § 35, 1.º párr., 1.ª oración, StGB —estado de necesidad exculpante— establece expresamente que quien, con el fin de evitar un peligro para la vida, el cuerpo o la libertad cometa un hecho antijurídico *actúa sin culpabilidad*. De modo coincidente, aunque con una técnica legislativa más deficitaria, el ordenamiento jurídico-penal argentino distingue entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, y este último

culpabilidad "es el paso más importante de la dogmática de las últimas dos o tres generaciones". En sentido coincidente, se refieren a la distinción entre injusto y culpabilidad como el ejemplo fundamental del alto nivel de la dogmática jurídico-penal actual, en lugar de muchos, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, § 39.I.1.; RUDOPHI, "vor § 19", en *SK-StGB*, 6.ª ed., Carl Heymanns, Colonia, 1997, n.º m. 2; SCHUNEMANN, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en *FS-Roxin*, Gruyter, Berlín y otras, 2001, p. 12; LENCKNER, "vor § 13", en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Müller, Múnich, 2010, n.º m. 20.

[2] Véase, en lugar de muchos, JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., Gruyter, Berlín, 1991, § 13 n.º m. 1-8; ROXIN, *AT* I, Beck, Múnich, 2006, § 22 n.º m. 1 ss.

encuentra consagración legal en el art. 34, inc. 2, CP, en el que se establece que no resulta punible el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal inminente y grave.[3]

En otro orden de cosas, dejando momentáneamente de lado el instituto del estado de necesidad, la teoría del delito se enfrentó —desde la restricción de la autoría, instituida aún sobre la relación de causalidad, a partir de criterios formales— al problema de tener que determinar qué causales de exclusión de la imputación, que afectan al autor, deben aplicarse también al partícipe. Así, resulta indubitado que no puede imputarse la complicidad primaria —según art. 45, 1.ª oración, CP— en un delito de lesiones, por ejemplo, a quien le alcanza un arma a un tercero para que este se defienda de forma *necesaria* —según art. 34, inc. 6, CP—. Aquí, si resulta imposible la imputación de un hecho desaprobado al autor, lo propio ocurriría con la atribución de aquel al partícipe, siempre que se entienda que la conducta de este resulta *accesoria* frente a la de aquel. Sin embargo, desde sus inicios representó un problema para la dogmática la atribución del injusto del hecho (principal) al partícipe en casos de inculpabilidad del autor, puesto que, por ejemplo, el otorgarle el arma —según art. 45, CP— a un incapaz de culpabilidad —según art. 34, inc. 1, CP— para que mate a un tercero —art. 79 CP— debería resultar tan poco imputable

[3] Véase GONZÁLEZ ROURA, *Derecho penal*, t. II, 2.ª ed., 1925, p. 46; NUÑEZ, *PG*, 4.ª ed., Lerner, Córdoba, 1999, p. 197; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 747. Sin embargo, no puede pasarse por alto que, al margen de la inclusión del estado de necesidad exculpante en este precepto, según la posición mayoritaria, lo cierto es que, en verdad, una interpretación gramatical obliga a pensar que aquí el legislador solo incluyó la afectación a la autodeterminación por medio de coacciones —las que, a su vez, tampoco determinarían, en todos los supuestos, un estado de necesitad exculpante en el hombre de adelante—. Así también, FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal. Introducción y parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 361.Entonces, pareciera preferible considerar que, al margen del estado de necesidad justificante de art. 34, inc. 3, y de la coacción de art. 34, inc. 2, CP, el ordenamiento jurídico-penal argentino reconoce, en términos de la doctrina mayoritaria, un estado de necesidad exculpante *supralegal*, con requisitos más amplios que los incluidos en art. 34, inc. 3. Esta fue la solución de la dogmática alemana, frente al estado de necesidad justificante en el ordenamiento jurídico-penal alemán, antes de la inclusión del actual § 34 StGB. También en favor de una cláusula de exclusión supralegal (no escrita), JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. VI, 3.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1962, p. 935. Sobre ello se volverá *infra* II.1. Finalmente, según este sistema, la disposición que impone la pena del delito culposo en el exceso en los supuestos de necesidad —art. 35, CP— quedaría reservada para aquellos casos en los que no podría hallarse —según la dogmática tradicional— ni siquiera un estado de necesidad exculpante —ej.: casos de competencia del autor por la situación de peligro—.

como la conducta posterior de aquel, con las graves consecuencias político-criminales que ello traería aparejado.[4]

En consecuencia, el Código penal alemán —desde 1943— limita la accesoriedad de la participación a las circunstancias valoradas en el injusto principal y no a las incluidas en el juicio de culpabilidad. Así, el § 29, StGB —bajo el título "La punibilidad independiente del participe"— establece que "cada partícipe será castigado según su culpabilidad, sin consideración de la culpabilidad de otro". De modo semejante, la doctrina mayoritaria sostiene que en el ordenamiento jurídico-penal argentino las reglas de la accesoriedad limitada se desprenden de art. 48, CP, en el que se establece que "las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan".[5] Entonces, combinadas las normas del estado de necesidad y de la accesoriedad limitada de la participación criminal dan por resultado que tanto en el Código penal alemán como en el argentino la intervención delictiva en un estado de necesidad exculpante determina, al mismo tiempo, la impunidad del autor y, *ceteris paribus*, la plena responsabilidad del partícipe.[6]

Plantéese, entonces, el siguiente caso base de trabajo al que, a lo largo de este estudio, se le efectuarán ulteriores modificaciones: los compañeros de trabajo A, B y C salen a dar un paseo en lancha en un mar bravío. En medio de la tempestad, la embarcación se estrella contra un portentoso muelle de piedra, de modo que A y B quedan flotando sobre una pequeña porción de madera de la nave, que, sin embargo, no puede soportar el peso de dos adultos.[7] C, a quien la

[4] En lugar de muchos, cfr. JAKOBS, *supra* nota 2, § 23 n.º m. 1-7; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 1, § 61 VII; ROXIN, *supra* nota 2, § 26 n.º m. 6 ss.

[5] En lugar de muchos, FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 331; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, Tea, 1983, p. 260; NUÑEZ, *supra* nota 3, p. 257; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 3, p. 800. De otra opinión, reconoce un injusto propio (autónomo) del partícipe en el ordenamiento jurídico-penal argentino SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción,* Hammurabi, Buenos Aires, 2005 [1991], pp. 766 ss.; ÍDEM, *Ilícito personal y participación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001 [1997], pp. 61 ss.

[6] Véase solo, respectivamente, ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 66 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 3, pp. 800 ss.

[7] El caso propuesto es próximo al conocido como "tabla de Carnéades" —*Brett des Karneades*—, ideado por el filósofo Carnéades de Cirene (ca. 214 a. C. – ca. 129 a. C.). Sin embargo, aquí la disputa no se produce en el

marea arrojó a las piedras del muelle, se encuentra a salvo pero no puede hacer más que observar lo que ocurre entre sus compañeros, sin poder intervenir materialmente. Seguidamente, C decide alentar a A, quien además de ser compañero es su íntimo amigo, a empujar a B afuera de la tabla y así poder salvarse, lo que efectivamente ocurre. En este caso, la doctrina mayoritaria, tanto alemana como argentina, observaría un homicidio exculpado en A —según § 211 en conexión con el § 35, StGB y art. 79 en conexión con el art 34, inc. 2, CP— y una instigación —según § 211 en conexión con el § 26, StGB— o determinación directa —según art. 79, en conexión con el art. 45, 1.ª oración, CP— al homicidio de C.[8] Agréguese, entonces, que en el ordenamiento jurídico-penal argentino la determinación directa tiene en todos los casos el mismo marco penal que el autor, lo que, desde ya, representa una dificultad en sí misma.[9]

Sin embargo, entiendo que una solución tal resulta incompatible con un derecho penal liberal que pretende erigirse como garante del mantenimiento de un sistema de libertades.[10] Entonces, este trabajo analizará, en primer término, soluciones alternativas al problema propuesto, desde el prisma de la misma teoría del injusto personal (*infra* II.) y, en segundo término (*infra* III.), el instituto del estado de necesidad y la accesoriedad de la participación a partir de un sistema de la teoría de la imputación que prescinda de una separación conceptual estricta entre injusto y culpabilidad. Seguidamente, se modificará el caso propuesto y se considerarán las especificidades de la complicidad, como forma de intervención delictiva, frente al estado de necesidad exculpante (*infra* IV.). A renglón seguido, se ofrecerán los resultados (*infra* V.). Finalmente, cabe mencionar que el presente trabajo se enmarca en un apartado especial de la revista jurídica "En Letra: Derecho Penal" dedicado a la tesis doctoral de Ivó Coca Vila —*La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016—y que los resultados obtenidos en esta tesis serán fundamentales

nado asimétrico hacia la tabla, sino que el dilema se plantea una vez que ambos se encuentran en esta, sin que ninguno posea, *prima facie*, ventajas sobre el otro.

[8] Véase, en lugar de muchos, ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 3. Sin embargo, en este caso, GALLAS ("Täterschaft und Teilnahme", en *Materialien zur Strafrechtsreform* I, Bonn, 1954, p. 134) advierte una autoría mediata del hombre de atrás ya que, por la situación de necesidad en la que se halla el hombre de adelante, este no podría "ceder a la tentación" de realizar el hecho propuesta por aquel y estaría "en sus manos", de modo que el hombre de atrás detentaría el dominio del hecho. Pero, como este no es competente por la situación de necesidad en la que se halla el hombre de adelante, por más fuerte que sea la determinación, no puede afirmarse su autoría. Entonces, esta solución no puede ser compartida. Sobre ello se volverá *infra* III.3.

[9] Crítico sobre ello, ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, pp. 110 ss.

[10] En nuestro medio, también advierte el problema VACCHELI, "La crisis de la accesoriedad limitada", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 2, 2015, pp. 142-144.

para el desarrollo de los acápites III.2 y III.3 del presente trabajo. Por lo demás, corresponde felicitar al consejo editorial de la irevista por la acertada decisión de destinar una sección exclusiva al análisis de aquella investigación.[11]

II. Las propuestas de solución intrasistemáticas. Las causales de exculpación como instituto intermedio entre el injusto y la culpabilidad

1. La justificación en casos de igualdad jerárquica de intereses ponderados

Desde los posicionamientos que identifican el contenido material del injusto en la afectación a un bien jurídico y que, por consiguiente, realizan una estricta separación entre la desaprobación por parte del derecho de un determinado hecho y de su autor, surgieron propuestas que intentaron intensificar la distinción conceptual y sistemática entre causales de exculpación y de inculpabilidad, incluidos entre aquellas el estado de necesidad exculpante y el exceso (intensivo) en la defensa necesaria.[12] A resultas de ello, las causales de exculpación se acercaron —en sus consecuencias sistemáticas—, en mayor o menor medida, al juicio sobre el hecho (objetivo) y, en tal medida, a las causales de justificación.[13] Entonces, en lo atinente al problema propuesto al principio de este trabajo, debe tenerse presente que mientras que ante una conducta justificada no es admisible la defensa necesaria, no resulta punible la participación criminal y el error de tipo permisivo realiza, en todo caso, el tipo del delito culposo, en la conducta inculpable está habilitada

[11] Los resultados principales de la mencionada tesis se encuentran incluidos en COCA VILA, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal", *InDret,* n.º 1/2017, *passim*.

[12] Sobre esta distinción, en lugar de muchos, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Gruyter, Berlín, 1969, p. 179; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, Beck, Múnich, 1987, p. 127; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 1, § 43 II; LENCKNER, "§ 35", en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Müller, Múnich, 2010, n.º m. 2; KUHL, *AT*, 7.ª ed., 2012, § 12 n.º m. 4-10. Expresamente en contra de esta distinción, ROXIN, "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", en *FS-Bockelmann,* Beck, Múnich, 1979, pp. 288 ss.

[13] Sin embargo, un sector doctrinal emprendió el camino inverso y, a partir del gradual vaciamiento del contenido subjetivo de las causales de exculpación, las aproximó sistemáticamente a las condiciones objetivas de punibilidad. Sobre ello *infra* 3. y 4.

la defensa necesaria, la participación —como ya se sostuvo— resulta punible y el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de exculpación no excluye el dolo.[14]

En este sentido, aun luego de imponerse la teoría de la diferenciación entre el estado de necesidad justificante y exculpante en la dogmática jurídico-penal alemana —lo que sucedió en la década de 1930[15]— Welzel se pronunció en favor de considerar la aprobación por ordenamiento jurídico (justificación) de conductas obrantes en estado de necesidad, cuando el bien jurídico salvado fuera la vida propia y el lesionado ajeno fuera "de igual o superior valor".[16] Esta primera formulación de Welzel —luego abandonada en las posteriores ediciones de su manual— fue seguida por Gimbernat Ordeig, quien sostuvo que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las causales de exclusión de la culpabilidad, en el estado de necesidad exculpante el autor aún puede comprender la norma y motivarse por ella, de modo que la única razón por la que el legislador —en el § 35, StGB— habría renunciado a esa exigencia es que no quiere, en absoluto, motivar al autor en sentido contrario. Entonces, no resultaría cierto que la pena sea inidónea para combatir un hecho tal, sino que el derecho no desearía llevar a cabo tal contienda.[17] En sentido coincidente, Díaz y García sostiene que en el ordenamiento jurídico-penal español no puede hallarse un estado de necesidad que no sea justificante. Esto, sumado a las imposiciones de la accesoriedad limitada, da como resultado que en el caso planteado al comienzo la conducta de A estaría justificada y la de C resultaría no punible.[18]

[14] Véase ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 3; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 1, § 43 II. Cabe mencionar que, igualmente, los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad —considerada en la actualidad, mayoritariamente, una reliquia del finalismo más puro— también confirman el dolo en el error de tipo permisivo. Así, en lugar de muchos, SCHROEDER, "§ 16", en *LK*, 11.ª ed., 1994, n.º m. 36.

[15] En la imposición de la teoría de la diferenciación en la dogmática jurídico-penal alemana resultaron especialmente influyentes los estudios monográficos de HENKEL, *Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht*, Beck, Múnich, 1932 y MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, Heymanns, Berlín, 1935. Sobre ello ROXIN, *supra* nota 2, § 16 n.º m. 1.

[16] WELZEL, *supra* nota 12, pp. 50-51. Coincidente, MAIHOFFER, "Der Unrechtvorwurf", *FS-Rittler*, Scientia, Aalen, 1957, p. 162. En este sentido, y en consonancia con la propuesta argumentativa ofrecida en este trabajo, sostuvo MAYER (*AT*, 2.ª ed., Winter, Heidelberg, 1923, p. 191) que en la actuación en estado de necesidad se relevaría al autor del deber de fidelidad para con la norma y, en consecuencia, la conducta resultaría no prohibida.

[17] GIMBERNAT ORDEIG, "El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", en *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 3, 1974, pp. 91 ss.

[18] DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 248-249.

En nuestro ámbito, una solución similar es sostenida por Soler. Para este autor, aun cuando los bienes en colisión sean objetivamente iguales, también el hecho resultaría subsumible en art. 34, inc. 3, CP y el hecho resultaría justificado. Y ello porque la "diferencia de males" planteada en el inciso debe apreciarse necesariamente desde una *perspectiva subjetivista*. En efecto, lo fundamental en este supuesto sería que, para el autor, su propia vida es un bien mayor —"el sumo bien del hombre"— y para ello debe tomarse como parámetro un hombre medio —"ni un héroe ni un perseguido"—. Sin embargo, Soler se opone a que, desde esta perspectiva, pueda causarse justificadamente un mal más grave para evitar un mal menor y lamenta que *de lege lata* no pueda distinguirse entre estados de necesidad justificantes y exculpantes.[19] En resumidas cuentas, según este pensamiento, en el caso planteado al comienzo del trabajo, también se llegaría a la conclusión de que la conducta de A está justificada y la de C resulta impune, en función de los fundamentos de la accesoriedad limitada.[20]

2. La teoría de la responsabilidad por el hecho (Tatverantwortung)

El intento más influyente de diseñar una categoría dogmática independiente entre el injusto y la culpabilidad —capaz de albergar las causales de exculpación— lo constituye, sin lugar a dudas, la teoría de la responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*), que reconoce en Reinhart Maurach su autor. En efecto, Maurach sostiene que la evaluación del autor en concreto, en la teoría del delito, debería efectuarse en el marco de la atribuibilidad, como segundo momento analítico, inmediatamente posterior al del injusto. Entonces, esta categoría contaría con dos componentes o grados: la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad. Así, habría responsabilidad por el hecho cuando la conducta del autor no se haya desarrollado en el marco de una influencia externa tal que impida una "situación motivacional normal", de modo que aún pueda exigírsele al ciudadano "cierta firmeza frente a las circunstancias que impulsan hacia el delito".[21]

En efecto, la clave de la inclusión de esta categoría intermedia en un estadio previo al de la culpabilidad radicaría en que en la responsabilidad por el hecho se establece una comparación entre la conducta efectivamente realizada por autor y la esperada de todos los demás ciudadanos en un caso semejante —*hombre medio*—, a partir de los estándares introducidos por el legislador

[19] SOLER, *supra* nota 5, pp. 367-368.
[20] Cfr. SOLER, *supra* nota 5, p. 266. En contra, NUÑEZ, *supra* nota 3, p. 162.
[21] MAURACH/ZIPF, *AT* I, 7.ª ed., Müller, Heidelberg, 1989, § 31 n.º m. 13 ss.; ÍDEM, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbütteler, Wolfenbüttel y otras, 1948, pp. 36 ss.

en el tipo de exculpación.[22] Entonces, recién en el segundo componente o grado de la atribuibilidad —esto es, en la culpabilidad— se dirigiría un reproche al autor en concreto, cuyo contenido consiste en verificar si este tuvo la posibilidad de reconocer el alcance de su hecho y de adecuar su voluntad a tal conocimiento. En este sentido, entiende Maurach que mientras que la responsabilidad por el hecho contiene una *reprobación* todavía abstracta, la culpabilidad contiene un *reproche* concreto sobre el autor, en el que la apelación a un ciudadano medio resulta irrelevante.[23]

En concreto, sobre el estado de necesidad exculpante, sostuvo Maurach que su inclusión en la responsabilidad por el hecho y, por lo tanto, como instituto intermedio entre injusto y culpabilidad, radica en que a pesar de que, al igual que en la culpabilidad, la conducta adecuada a la norma resulte aquí *inexigible*, esta inexigibilidad se encuentra regulada legalmente a partir de un método estandarizado. Consecuentemente, resultaría irrelevante tanto el efecto psicológico que la situación de necesidad produce en el autor, como la fuerza de resistencia individual por él empleada para sortear tales circunstancias.[24]

Finalmente, en el marco de la intervención delictiva, la teoría de la responsabilidad por el hecho traería aparejada que en la distinción entre la accesoriedad limitada (tradicional) y la extrema —las que incluyen un hecho principal antijurídico o culpable, respectivamente— resultaría menester considerar una nueva forma de accesoriedad, que incluya un hecho principal típico, antijurídico y con responsabilidad por el hecho, sin necesidad de que este resulte culpable. De este modo, en el caso de los amigos A, B y C plantado al inicio de este trabajo, también aquí la conducta de A resultaría exculpada y la de C no punible, pues no existiría aquí un hecho principal con responsabilidad del autor por el hecho.[25]

---

[22] MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 31 n.º m. 17.

[23] Entonces, el juicio comparativo de la culpabilidad resulta más depurado: mientras en la responsabilidad por el hecho la reprobación se funda en la realización de una conducta peor que la que habrían llevado a cabo los demás, el objeto del reproche de la culpabilidad se perfecciona a partir de lo que la conducta del autor pudo ser, en virtud de su propia capacidad. Así, la capacidad de imputabilidad y la conciencia de ilicitud —y su reverso, la inimputabilidad y el error de prohibición— constituyen la totalidad del contenido de la culpabilidad, cuyo juicio de reproche consiste en el abuso del autor de un hecho punible de su capacidad de enjuiciamiento y dirección. Cfr. MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 31 n.º m. 18-20.

[24] MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 33 n.º m. 8.

[25] MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 32 n.º m. 6. La segunda consecuencia que la teoría de la responsabilidad por el hecho traería aparejada consiste en que, si la conducta no entraña responsabilidad, no estarían

En nuestro medio, la teoría de la responsabilidad por el hecho de Maurach fue introducida por Jiménez de Asúa[26] y en la actualidad es mantenida principalmente por Bacigalupo.[27] Para este este último autor no podría afirmarse válidamente que el orden jurídico *apruebe* la realización de una acción en estado de necesidad exculpante, sino que aquí la gravedad del ilícito resultaría insuficiente para legitimar el ejercicio del *jus puniendi*, pues la lesión a la vigencia de la norma resulta sensiblemente menor. En efecto, Bacigalupo considera que las causales de exculpación deberían fundamentarse a partir del parámetro de la inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma, al margen del estudio de las causales de inculpabilidad.[28]

Sin embargo, este autor rechaza la distinción entre reprobación y reproche de Maurach, pues entiende que acierta el sector doctrinal que señala que el juicio generalizado *in abstracto* también tiene lugar en casos de inimputabilidad, por lo que una fundamentación como la por él planteada no tendría sustento.[29] En este sentido, Bacigalupo afirma que el dilema de la ubicación sistemática de las causales de exculpación se basa en que, en estas, la dogmática acepta, simultáneamente, el menor contenido del injusto pero rechaza la inexigibilidad como presupuesto —en tanto estadio previo— de la culpabilidad. Entonces, la solución se hallaría en establecer una categoría que aunara todas las *causales de disminución de la ilicitud* y en las que una conducta conforme a la norma no fuera exigible.[30] Finalmente, la conducta del partícipe en el marco de un hecho principal exculpado —en nuestro caso C— debería resultar no punible.[31]

3. La "teoría sincrética" de la doble reducción de la culpabilidad

En lo ateniente a la fundamentación de la impunidad de la conducta que obra en el marco de una casual de exculpación, se impone en la actualidad la doble reducción de la culpabilidad que se

habilitadas las medidas de seguridad, lo que resultaría relevante en casos de inimputables que obren en estado de necesidad exculpante. Sobre ello, ROXIN, *supra* nota 2, § 19 n.º m. 50. BACIGALUPO, *PG*, 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 399-400.

[26] Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 3, pp. 935 ss.

[27] Se han expresado en favor de la teoría de la responsabilidad por el hecho también DONNA, *Teoría del delito y de la pena* II, Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 191 ss.; RUSCONI, *PG,* 3.ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, pp. 568-569.

[28] BACIGALUPO, *supra* nota 25, pp. 388 ss.

[29] BACIGALUPO, *supra* nota 25, p. 391. Lo sigue RUSCONI, *supra* nota 27, pp. 568-569.

[30] BACIGALUPO, *supra* nota 25, p. 395.

[31] BACIGALUPO, *supra* nota 25, p. 400.

sustenta, por un lado, en el injusto menor del autor, quien —con su conducta— también intenta la conservación de bienes jurídicos (valor de acción) y, por otro lado, en la aflicción espiritual que sufre el autor.[32] Esta, así denominada, teoría sincrética de la culpabilidad fue propuesta originariamente por Armin Kaufmann[33] y Rudolphi[34] y, a pesar de partir de una fundamentación dogmática consonante, sus defensores proponen, como se observará, soluciones sistemáticas disímiles.[35]

En efecto, Armin Kaufmann valora positivamente el intento de Maurach de aislar componentes sistemáticos heterogéneos frente a un concepto de culpabilidad que no alcanza claridad ni siquiera en un pensamiento mayoritario.[36] Así, Kaufmann considera un acierto, por un lado, la desvinculación de la inexigibilidad de la categoría de la culpabilidad y, por otro lado, la consideración de todos los casos de estado de necesidad a partir de un juicio general y abstracto[37]. Sin embargo, para este autor, ese juicio no debería efectuarse en comparación con la "gente en general", sino únicamente con aquellos capaces de culpabilidad y conocedores del injusto. De este modo, afirma terminantemente Kaufmann que la verificación razonable de exigibilidad presupondría reprochabilidad —culpabilidad—: "¡el *conocimiento del deber* y, por ende, el elemento intelectual de la reprochabilidad *antecede lógicamente a la cuestión de la exigibilidad!*".[38] Entonces, para Kaufmann, a la intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante no podría eximírsele de pena, en virtud de los postulados de la accesoriedad limitada de la participación.

Por su parte, Rudolphi, toma similares argumentos y fundamenta la solución opuesta. Para este autor, es cierto que en el estado de necesidad exculpante la salvación de un bien jurídico —a

[32] Véase, sobre ello, BERNSMANN, *„Entschuldigung" durch Notstand*, Heymanns, Colonia y otras, 1989, pp. 204-213.
[33] KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, Göttingen, 1954, pp. 204 ss. Luego también en ÍDEM, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.ª ed., Schwartz, Göttingen, 1988, pp. 156 ss.
[34] RUDOPLHI, "Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der § 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?", ZStW, t. 78, 1966, pp. 81 ss. Luego también en ÍDEM, "§ 35", en SK-StGB, 7.ª ed., 1999 n.º m. 2 ss.
[35] En detalle sobre la fundamentación iusfilosófica del estado de necesidad exculpante para esta teoría véase PAWLIK, "Una teoría del estado de necesidad exculpante" (trad. DIAS/LERMAN/SABADINI), en *InDret,* n.º 4/2015, pp. 9-11.
[36] KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.ª ed., Schwartz, Göttingen, 1988, p. 179.
[37] KAUFMANN, *supra* nota 36, p. 173.
[38] KAUFMANN, *supra* nota 36, p. 175 (en bastardilla en el original).

costa de otro— reduciría el injusto y, de forma mediata, la culpabilidad. Sin embargo, deberían ser las raíces disculpantes del estado de necesidad y no el menor contenido del injusto lo determinante a la hora de definir la ubicación sistemática del instituto. En efecto, aquí el legislador habría renunciado*, de modo general*, a forzar la observancia de la norma por medio de la pena y ello debería considerarse en el estudio de la individualidad del autor, de modo que la reducción del contenido de ilícito debería ser entendida, únicamente, como "una tipificación de una atenuación de la culpabilidad" a considerase en su propio ámbito.[39] En este sentido, lo novedoso de este planteamiento radica en que a pesar de ser las causales de exculpación un elemento de la teoría de la culpabilidad, la exclusión de pena que traen aparejadas debería trasladarse también al partícipe —C, en nuestro caso original—.[40]

4. Las teorías orientadas a la prevención

En el pensamiento de Schmidhauser, la sistemática adoptada en los derechos de necesidad y su "teoría de la totalidad" en materia de intervención delictiva llevarían a adoptar una posición semejante a la de Rudolphi. En este sentido, Schmidhauser distingue entre sentido y fin de la pena (en el marco de su célebre "teoría de la diferenciación") y emparenta este último con el mantenimiento de la criminalidad dentro de los límites tolerables para la convivencia social, de modo que, en términos preventivo-generales, la condena serviría de amenaza a la colectividad de lo que ocurre en este ordenamiento jurídico ante un hecho semejante (vertiente negativa) y muestra, al mismo tiempo, la validez de la norma (vertiente positiva).[41] En este sentido, tal perspectiva funcional de la pena trae aparejada que, para este autor, el estado de necesidad meramente disculpante no habilitaría la defensa necesaria —justificante— del agredido, de modo que quien se encuentra en una comunidad de peligro junto al necesitado "tiene que eludirlo" y a su favor solo operaría otro estado de necesidad exculpante.[42]

[39] RUDOLPHI, *ZStW*, t. 78, 1966, pp. 85 ss.
[40] RUDOLPHI, *supra* nota 39, pp. 89 ss.
[41] SCHMIDHAUSER, *AT*, 2.ª ed., Mohr, Tübingen, 1975, cap. 3, n.º m. 8 ss., esp. 15 ss. En general, sobre la fundamentación del estado de necesidad exculpante en el marco de las teorías preventivas véase BERNSMANN, *supra* nota 32, pp. 213-235.
[42] SCHMIDHAUSER, *supra* nota 41, cap. 11 n.º m. 9 ss.

En este sentido, como ya se sostuvo, este autor tampoco defiende una rígida concepción de las reglas de la accesoriedad y acerca su modelo al concepto unitario de autor.[43] En efecto, para él, la distinción entre autores y partícipes no podría fundarse en reglas herméticas, sino que deberían considerase dieciséis elementos de contenido objetivo y subjetivo, a partir de una "consideración total". Así, entre las circunstancias objetivas el autor menciona la presencia en el lugar del hecho, la proximidad temporal entre la aportación del sujeto y el resultado, la importancia de la contribución para la producción del resultado, la magnitud del dominio del acontecimiento, la intensidad de la preparación del hecho y la sustituibilidad del interviniente. A su vez, entre las circunstancias subjetivas, Schmidhauser menciona el interés inmediato o mediato en el hecho, su planificación, la elección de su objeto, la importancia personal en comparación con otros intervinientes, la subordinación libre o no libre de la voluntad propia a la decisión de otro y el acuerdo sobre la forma de repartir el botín.[44] Entonces, a partir de un análisis tópico como el presente, que niega una estricta separación entre injusto y culpabilidad en el marco de la concesión de derechos de defensa y que, a la vez, se opone a una categórica distinción entre autoría y participación, no existirían impedimentos para resolver nuestro caso a partir de la impunidad de las conductas de A y de C.

Finalmente, luego de partir de una similar fundamentación de la pena de carácter preventivo-funcional —aunque incluye el parámetro limitante del principio de culpabilidad—, Roxin conceptualizó la impunidad en el estado de necesidad exculpante de modo cercano a Maurach pero, sin embargo, llegó a la solución opuesta.[45] Así, para Roxin, Maurach acierta en afirmar que en estos casos la exención de pena no se fundaría en consideraciones sobre la culpabilidad individual, sino que aquí —en general—, debido a las circunstancias excepcionales en las que la conducta acontece, no es necesaria la punición. Pero, para Roxin, entender este juicio como general y abstracto no acerca el estado de necesidad exculpante y el exceso en la defensa necesaria al injusto, sino que, por el contrario, los aleja aun más. En efecto, en estos el injusto debería

[43] SCHMIDHAUSER, *supra* nota 41, cap. 14 n.º m. 57 ss.

[44] Crítico, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.ª ed., de Gruyter, Berlin y otras, 2015 p. 678; DÍAZ Y GARCÍA, *supra* nota 18, p. 699.

[45] Para ROXIN (*supra* nota 2, § 22 n.º m. 6.) la exención de pena en el estado de necesidad exculpante hallaría su fundamento político-criminal, por un lado, en la poca frecuencia con que acontecen estas situaciones, ya que apenas existiría, entonces, una necesidad preventivo-general de intimidar a los demás y, por otro lado, en que los autores de tales hechos tampoco precisarían de una intervención preventivo-especial —de carácter resocializador—.

considerarse plenamente perfeccionado y el juicio subjetivo y concreto, propio de la culpabilidad, les resultaría ajeno, de modo que el "estado de necesidad excluyente de responsabilidad" presupondría una conducta plenamente culpable.[46]

En efecto, señala Roxin que la proximidad de su posición a la de Maurach se advierte incluso desde lo terminológico. Así, los casos incluidos por este en la responsabilidad por el hecho son analizados por aquel en el marco de la responsabilidad, como supra-categoría, integradora también de la capacidad de culpabilidad y de la conciencia de antijuridicidad.[47] Sin embargo, para Roxin las causales de exculpación no deberían alejarse sistemáticamente de las condiciones objetivas de punibilidad, sino que, por su proximidad conceptual, deberían establecerse como su momento analítico previo. A su vez, afirma que del hecho de que las circunstancias del hecho excluyentes de responsabilidad (también) reduzcan el injusto, no debería inferirse la justificación de una categoría dogmática independiente.[48]

Entonces, para Roxin resultaría equivocada la determinación legislativa del § 35, StGB —"actúa *sin culpabilidad*"— y la posición mayoritaria que señala que aquí el fundamento de la ausencia de culpabilidad se halla en la considerable reducción de la capacidad de motivación conforme a la norma; en un "menoscabo anormal en la libre determinación de la voluntad".[49] De ser ello así, afirma acertadamente Roxin, no se podría explicar por qué la merma —sin exclusión— en la autodeterminación haría caer la culpabilidad y no, meramente, reducirla; por qué se habrían incorporado las excepciones del § 35, 1.º párr., 2.ª oración, StGB, ya que también estas personas sufren *in concreto* una merma en su autodeterminación;[50] por qué el § 35, 2.º párr., StGB atendería a la invencibilidad en el error, ya que la presión anímica sería la misma también en caso de vencibilidad; y, finalmente, por qué se habría efectuado una reducción del ámbito de los bienes jurídicos salvables —vida, integridad física y libertad—, lo que no resultaría defendible desde una perspectiva subjetivista[51].

[46] ROXIN, *supra* nota 2, § 19 n.º m. 50.
[47] ROXIN, *supra* nota 2, § 19 n.º m. 51.
[48] ROXIN, *supra* nota 2, § 19 n.º m. 52.
[49] Como se sostuvo en la sentencia del Tribunal del Imperio RGSt t. 66, p. 225.
[50] Sobre ello se volverá *in extenso*, *infra* III.2.
[51] ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 8. Coincide, tanto en la fundamentación como en las soluciones, también, JAKOBS, *supra* nota 2, § 20 n.º m. 1 ss.

En resumidas cuentas, y a pesar de lo acertado de estas críticas, en atención al caso propuesto, Roxin entiende que la participación en estado de necesidad exculpante resultaría, *ceteris paribus*, punible. Ello resultaría de la inclusión del estado de necesidad exculpante como instituto propio de la responsabilidad y de los postulados de la accesoriedad limitada, que obligaría a considerar individualmente la responsabilidad de cada interviniente.[52]

III. El estado de necesidad exculpante como elemento de la norma de comportamiento

1. Normas de comportamiento y reglas de imputación

Lo expuesto hasta aquí permite efectuar un análisis crítico no solo sobre la fundamentación de la impunidad de la conducta realizada en el marco de una causal de exculpación, sino también —verdadero núcleo del problema— sobre la posibilidad de concebir una categoría de injusto plenamente divorciada de la de culpabilidad. En este sentido, los resabios —aún existentes— de la constitución del hecho punible como causación evitable, cuya legitimación se cimenta sobre la *utilidad* de la *prevención* de ataques a bienes jurídicos, debe superarse en favor de una teoría de la imputación basada en la lesión a un deber de mantenimiento del estado de libertades, del que se benefician tanto el sujeto de imputación como la víctima. Expuesto someramente, es este beneficio que las relaciones de ciudadanía implican para el agente —en el que la idea de libertad se realiza en el Estado— el principal fundamento de la legitimidad de la reafirmación de la vigencia del derecho *a costa* del agente, luego de la lesión del mencionado deber.[53]

En este sentido, en una teoría del delito verdaderamente sistemática[54] y legitimada sobre la lesión del mantenimiento de un estado de libertades —a resultas de un ejercicio abusivo de

[52] ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 66-67.

[53] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 82 ss.; ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 42-45; ÍDEM, *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2010, pp. 85-88; KINDHAUSER, "Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht", *JRE* 2, 1994, p. 342; MURMANN, "Über den Zweck des Strafprozesses", *GA*, 2004, p. 70.

[54] En este sentido, se entiende por sistema "la unión de múltiples conocimientos bajo una misma idea". Así KANT, "Kritik der reinen Vernunft" en: ÍDEM, *Werke in zehn Bänden*, t. IV, Weischedel, Darmstadt, 1983, p. 696. Lo sigue PAWLIK, *supra* nota 53, p. 75; CARO JOHN, Manual teórico-práctico de teoría del delito, Ara, Lima, 2014, p. 24 ss. Véase también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., B d F, Montevideo y Buenos Aires, 2010, p. 285.

libertad—, se impone, en lo que al problema expuesto en este trabajo importa, el desarrollo de dos categorías dogmáticas. Entonces, como primer elemento de la teoría de la imputación, el derecho le impone al ciudadano con claridad —*lex stricta*— qué es lo que este debe o no debe hacer, según se trate de un mandato o de una prohibición, para contribuir con el mantenimiento del estado de libertades del que también él se beneficia. De este modo, el derecho le impone al ciudadano el cumplimiento de una determinada *norma de comportamiento*.[55]

De este elemento también forman parte los derechos de necesidad, que justifican la conducta del autor a partir de un ejercicio de autonomía de la víctima, de modo que la defensa necesaria pueda reconducirse a una agresión ilegítima suya —plenamente responsable— y el estado de necesidad defensivo al peligro generado a partir de un defecto de organización también suyo. Sin embargo, y de modo excepcional, el deber de tolerancia de la víctima por el estado de necesidad agresivo del agente, como se verá, no se legitima en la autodeterminación de aquella, sino en los deberes de solidaridad que (también) recaen sobre la víctima, como resultado de las relaciones de ciudadanía.[56] De esta manera, la competencia de la víctima por el injusto del agente es, por definición, un elemento de la teoría de las competencias —en la forma— y de la extensión de las normas de comportamiento —en el fondo—.[57]

Pero una teoría del delito que pretenda erigirse como teoría de la imputación basada en la autodeterminación del agente debe también prever (todas) las condiciones en las que el cumplimiento de una determinada norma de conducta no resulta exigible. Entonces, el segundo elemento de la teoría de la imputación establece las *reglas de imputación*, que complementan las normas de conducta.[58] En efecto, este elemento impone considerar el conjunto de capacidades del

[55] Fundamental KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, pp. 29 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Dunkler und Humblot, Berlín, 1993, pp. 33 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 29 ss.; EL MISMO, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2014, pp. 17 ss.

[56] PAWLIK, *supra* nota 53, pp. 237 ss.; ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 103-106; WILLENMAN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Mohr, Tübingen, 2014, pp. 33 ss. y *passim*; COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 248 ss.

[57] VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Dunkler und Humblot, Berlín, 1993, pp. 57 ss., esp. 70; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Heymanns, Colonia y otras, 1999, pp. 245 ss.; PAWLIK, *supra* nota 53, pp. 215 ss.

[58] A diferencia de las normas de comportamiento, estas reglas no se dirigen al ciudadano común, sino a los operadores jurídicos en general y a los jueces en especial. En lugar de muchos, KINDHAUSER, *Gefährdung als*

ciudadano, en una situación concreta, de motivarse por la norma penal. Entonces, aquí no solo debe considerarse lo que el ciudadano efectivamente advirtió como conforme a derecho, sino también la posibilidad que tuvo de motivarse en función de lo advertido como jurídicamente obligado.[59]

En este sentido, un ordenamiento jurídico basado en la idea rectora de la libertad debe posibilitar la retirada general de instancias de sanción y de control estatales si los ciudadanos compensan con autocontroles lo que se ahorran en controles externos. En efecto, a cada ciudadano le corresponde la incumbencia —*Obliegenheit*— de, por un lado, efectuar un examen prudente de las condiciones jurídicas y fácticas de la situación en la que tiene lugar la conducta y, por otro, de motivarse para dar cumplimiento a la norma jurídica. Entonces, en este elemento de la teoría de la imputación se delimita no ya la extensión del deber de actuación —competencia—, sino la extensión de la incumbencia del esfuerzo en favor de su cumplimiento.[60]

Según se expuso con anterioridad, como límite al deber del ciudadano de motivarse en favor de la norma penal —ejercicio de fidelidad al derecho—, se establece, desde la teoría del injusto personal, que no merece pena aquel ilícito en el que el cumplimiento de la norma de comportamiento, por las concretas circunstancias del autor, hubiera requerido un esfuerzo más allá del umbral de lo exigible, por lo que se instituye en su favor una causal de exculpación.[61] De este modo, la impunidad de la conducta exculpada tendría una fundamentación radicalmente distinta a la de la justificada, de forma tal que, de ser esto correcto, se estaría imponiendo una

Straftat, Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, pp. 13, 29 s.; HRUSCHKA, "Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln", en *Rechtstheorie*, t. 22, 1991, pp. 450 ss.; PAWLIK, *supra* nota 53, p. 126.

[59] VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Dunkler und Humblot, Berlín, 1993, p. 70; PAWLIK, *supra* nota 53, pp. 215 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 46 ss.; ÍDEM, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2014, pp. 23 ss. De otra opinión, sin embargo, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Heymanns, Colonia y otras, 1999, pp. 217 ss., quien afirma que no es posible pensar la existencia de un injusto independiente de la capacidad del sujeto de comprender la norma (p. 219).

[60] Fundamental, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., de Gruyter, Berlín y otras, 1988, p. 418; KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, pp. 65 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 68 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 302 ss. Crítico sobre la aplicación de la teoría de las incumbencias en el derecho penal, en general, MONTIEL, "¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal?", *InDret*, n.º 4/2014, pp. 20 ss. y *passim*.

[61] Véase, con más bibliografía, PAWLIK, *supra* nota 35, pp. 9-11.

estricta distinción entre causales de justificación y de exculpación, lo que a su vez se contempla como una de las más importantes manifestaciones de la separación entre injusto y culpabilidad. Pero esta solución no puede mantenerse, puesto que ambas presentan características comunes, tanto sistemáticas como en materia de legitimación.[62]

En este sentido, justamente el ejemplo propuesto al principio del trabajo arrojará luz sobre esta problemática. Así, en un caso de tal extremidad, el derecho debe fundamentar la decisión de no punir al agente también frente a aquel para cuya protección sirve la norma de comportamiento instituida. Entonces, debe explicarse por qué la devaluación de la posición jurídica de la víctima del ataque —que subyace a aquella renuncia— es compatible con su reconocimiento como ciudadano. Y ello solo es posible en la medida en que se logre fundamentar que está *permitido* recurrir en general al destinatario del ataque para la evitación del peligro que amenaza a su contrincante y, entonces, las razones por las que un ciudadano puede ser requerido para contribuir a la superación de una situación de necesidad de otro ciudadano resultan de la teoría de las competencias.[63]

Entonces, en concreto, en el estado de necesidad exculpante, el derecho de necesidad en favor del autor se fundamenta en la importancia vital del conflicto.[64] Así, deben distinguirse tres posibles situaciones: que el control de la situación de peligro caiga en el ámbito de competencias del autor, que la situación de peligro pueda reconducirse normativamente al destinatario de la intervención o, finalmente, que no pueda responsabilizarse de esta a ninguno de los intervinientes.

---

[62] Así, afirma PAWLIK, *supra* nota 53, p. 130: "una diferencia categorial *desde el punto de vista de la teoría del delito* entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, por lo tanto, no existe. Ni el destructor de bienes ajenos que obra justificadamente, ni el que obra en una causa de no culpabilidad cuestiona mediante su acción la vigencia de la norma" (con cursiva en el original). En sentido coincidente, y puntualmente sobre lo que en este trabajo importa, afirma BACIGALUPO (*supra* nota 25 p. 402) que la única diferencia entre el estado de necesidad justificante y el exculpante es la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica. De otra opinión, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Heymanns, Colonia y otras, 1999, pp. 271 ss.

[63] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 360 s.; PAWLIK, *supra* nota 53, p. 136; véase también COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 461 ss.

[64] Así, PAWLIK (*supra* nota 35, pp. 13 ss.) funda la potestad del autor de descargar el conflicto en la víctima en el concepto hegeliano de *sujeto*: "El concepto de sujeto posibilita entender como una demanda legítima, según la teoría de la libertad, al interés de quien interviene para salvar aquellos bienes propios que para él son de trascendencia existencial".

En el primer caso, el autor no goza de un derecho de necesidad, pues el peligro que le amenaza ha sido producido por él mismo. Pero, como se demostrará a continuación, esto cambia en el segundo y el tercer grupo de casos.[65]

2. Distribución de competencias y derechos de necesidad

Entonces, en el caso propuesto al comienzo, resulta fundamental emitir un juicio de jerarquización para evaluar la relación intersubjetiva entre A y B, en un estadio previo al ejercicio de la agresión a manos de cualquiera de ellos. El resultado de esta evolución será el otorgamiento a uno de ellos de un derecho de necesidad y, como contrapartida, un deber de tolerancia para el otro. En efecto, este juicio consta de dos momentos: en el primero se evalúa el grado de competencia de cada sujeto por el conflicto a partir de un análisis de la relación entre las dos esferas jurídicas enfrentadas —desde el prisma de los principios de autonomía y solidaridad— y, más concretamente, a partir de la toma en consideración de la provocación del conflicto o de la posición especial de deber que detente alguno de los necesitados. El segundo momento analítico, complementario del primero, consiste en una comparación de los bienes jurídicos en juego, matizado su valor a partir de la intensidad de lesión que los amenaza y la probabilidad tanto de que se produzca el daño, como de que la conducta salvadora lo evite.[66]

A partir de este sistema, entonces, el deber de soportar el peligro recaerá, en primer término, en quien tenga competencia plena por la provocación de la necesidad. En el caso propuesto, esto ocurriría, por ejemplo, si el naufragio se hubiera producido luego de que A condujera el bote de modo temerario y contando en todo momento con la producción de una colisión fatal. En tal sentido, la competencia de A por el peligro, sumada a la actualidad de su agresión y al perfeccionamiento de su imputación subjetiva daría como resultado el otorgamiento de un derecho a la *defensa necesaria* para la víctima de la agresión —cuyo único límite se hallará en la extrema desproporción de los intereses en liza— y la imposición del correspondiente deber de tolerancia al agresor.[67] Sin embargo, puede ocurrir igualmente que no pueda referirse aquí a una defensa necesaria estándar, puesto que el agresor ha perdido la capacidad de revocación de una

[65] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 237 ss.; WILLENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Mohr, Tübingen, 2014, pp. 41 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 339 ss.

[66] El análisis siguiente se basa en los resultados de la investigación realizada en COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 331 ss.

[67] WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 166 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 349 s.

agresión que continúa, pero que sea asimilable puesto que el resultado de la agresión aumenta, se intensifica o se repite.[68]

En segundo término, puede que la creación del peligro sea igualmente reconducible normativamente a alguno de los necesitados —en nuestro caso, nuevamente a A—, pero con un defecto en su conducta en el marco de la imputación subjetiva del hecho. Este sería el caso si la colisión se produjera luego de que A se distrajera en la conducción del bote, solo por un instante y de modo levemente negligente. Aquí, existiría en cabeza de A solo una competencia preferente por el peligro creado, que daría lugar a un derecho al *estado de necesidad defensivo* en favor de B. Y este solo encontraría un límite en el caso de que exista una preponderancia esencial de los intereses de A sobre los de B.[69]

En tercer término, puede ocurrir que ambos intervinientes en la comunidad de peligro sean responsables por este. Así, deben diferenciarse dos casos: los de competencia preferente y los de competencia equivalente. Como ejemplo del primer supuesto piénsese ahora que el bote en el que naufragan A y B es un pequeño bote-escuela, en el que A es el capitán y B es el aprendiz y el accidente se produce por la conducción imprudente de este, sumada a la falta de una correcta vigilancia de aquel. Entonces, si se entiende que un aprendiz normalmente puede cometer errores de modo imprudente, luego —ya en la tabla— B mantendría un estado de necesidad defensivo frente a A, que podría ejercerse mientras no haya una preponderancia esencial de los intereses de A sobre los de B.[70] El segundo supuesto, en el que ambos participantes sean equivalentemente competentes —este sería el caso en que A y B fueran ambos capitanes de la embarcación y la hubieran conducido de modo antirreglamentario y luego de una ingesta masiva de alcohol—, se resolvería contrarrestando ambos deberes de tolerar, de modo que la solución sería, según

[68] KINDHAUSER, "§ 32", en *NK-StGB*, 6.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2015, n.º m. 53 ss.
[69] Cfr. LESCH, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, Paderborn, Múnich y otras, 2000, pp. 48-49; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 237 ss.; WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 297 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 251 s.; ÍDEM, "Entre la responsabilidad y la solidaridad", *InDret,* n.º 1, 2011, *passim*. De otra opinión, PALERMO, *La legítima defensa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 327, para quien el agresor imprudente "justifica su deber de tolerar una reacción defensiva en legítima defensa".
[70] Así, LERMAN, "Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante", en *InDret* , n.º 1/2017, p. 15.

entiendo, exactamente igual a la del caso original, en el que ninguno de los náufragos resulta competente por el peligro.[71]

Pero como ya se indicó, el conflicto también puede resolverse en contra de uno de los necesitados sin que la situación de peligro resultante sea atribuible a un acto organizativo evitable suyo. En efecto, la vida en comunidad resultaría imposible si el ordenamiento jurídico limitara la interacción entre ciudadanos a deberes negativos de abstención derivados del principio romano de *leminem laedere*. Entonces, determinadas posiciones institucionales vinculadas *prima facie* con el funcionamiento del Estado y de la familia les imponen a determinadas personas —padres en el marco de la relación paterno-filial y esposos, por un lado, y jueces, policías, bomberos, médicos de hospitales públicos, guardavidas, etc., por el otro— la garantía de tutela de derechos fundamentales de determinados beneficiarios. En este sentido, en caso de que A sea el padre de B (menor de edad) o que A sea un bombero o un policía en ejercicio de sus funciones, en caso de un naufragio cuya producción no pueda reconducirse normativamente a ningún acto organizativo evitable, A deberá tolerar el derecho de B de neutralizar el peligro en el marco de un estado de necesidad defensivo —hasta el límite de la preponderancia esencial de sus intereses—.[72]

Ahora bien, en caso de que no exista una preponderancia esencial en favor del interés salvado frente al interés afectado —como ocurre en el caso propuesto al inicio—, el ordenamiento jurídico-penal alemán obliga a considerar, únicamente, la prerrogativa otorgada por el estado de necesidad exculpante, según el § 35, StGB, y no la del estado de necesidad justificante. Sin embargo, aquel exige expresamente, para su goce, que el necesitado no haya causado el peligro ni que deba afrontarlo en virtud de una relación jurídica especial (1.º párr., 2.ª oración) y ya nos hemos referido recién a la competencia organizacional e institucional a la que, según la moderna dogmática, este precepto alude. Sin embargo, aún queda por remarcar, por un lado, que esta oración clarifica, aun más, que aquí estamos frente a un problema de competencias y no de reglas de imputación, puesto que, de otra forma, no podría fundamentarse la existencia de este postulado, ya que también quien causa el peligro o debe responder por este sufriría una merma en

[71] Así, también LERMAN, *supra* nota 70, p. 17. Sobre ello se volverá *infra* 3.
[72] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 358 ss.

su motivación y, sin embargo, queda excluido del beneficio.[73] Por otro lado, también debe señalarse que el art. 34, inc. 2, CP no posee una disposición como esta y entiendo que ello resulta conveniente, pues el § 35, 1.º párr., 2.ª orcación, StGB no contempla los supuestos aquí introducidos, en el que ambos integrantes de la comunidad de peligro son, tanto de modo equivalente como relegado, competentes por el peligro creado y que, sin embargo, no pueden por ello ser excluirlos de plano de la distribución de los derechos en liza.[74]

3. El sistema de los derechos de necesidad como límite al deber de respetar la vida ajena

Según la bipartición conceptual efectuada en el primer inciso del acápite anterior y la presentación de los derechos de necesidad como parte del sistema de competencias, descripto en el inciso anterior, puede comenzar a fundamentarse la solución propuesta en este trabajo para el supuesto problemático planteado al inicio, que dista de la solución ofrecida por la posición mayoritaria. En efecto, esta entiende que la distribución de competencias que resulta de la comunidad de peligro descripta en este supuesto debería evaluarse *luego* de que el peligro se perfeccione con el ataque de uno de los náufragos sobre el otro.[75]

Entonces, en el caso originalmente propuesto, cuando A se abalanza sobre B para arrojarlo fuera de la tabla para poder sobrevivir, su injusto se encontraría perfeccionado, puesto que la norma de comportamiento que impone la prohibición de lesionar el derecho fundamental a la vida de otra persona en derecho se habría quebrantado. En consecuencia, el único óbice para restablecer la vigencia lesionada del derecho a costa de A radicaría en que las *reglas de imputación* propias de un derecho penal que pretende erigirse como la "existencia de la voluntad libre"[76] impondrían el reconocimiento de la reducida capacidad motivacional de A, por lo que la

[73] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 355 ss.; ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 136. En sentido similar, en contra de una fundamentación "motivacional" (subjetivista) del estado de necesidad exculpante, ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 8.

[74] Sin embargo, en favor del que resulta relegadamente competente en la comunidad de peligro, PAWLIK (*Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 358 ss.) advierte un exceso en la legítima defensa, según el § 33 StGB.

[75] Así, en lugar de muchos, PAWLIK, *supra* nota 35, p. 25.

[76] HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en Moldenhauer/Michel (eds.), *Werke in zwanzig Bänden*, t. 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 29.

imputación subjetiva del hecho al autor resultaría deficitaria y, finalmente, la conducta impune.[77] En este sentido, según esta posición, la agresión meramente exculpada de A —y, por lo tanto, plenamente antijurídica— le otorgaría a B un mejor derecho: el de la defensa necesaria. Así, la inculpabilidad de la conducta de A no impediría considerarla un "ataque actual antijurídico" en los términos del § 32, 2.º párr., StGB o una "agresión ilegítima" en los términos de art. 34, inc. 6 a, CP, de modo que en favor de B obraría el más extenso derecho de necesidad, que le permitiría ponerse complemente a salvo sin atender a los límites de la proporcionalidad.[78]

Como consecuencia de ello, en esta comunidad de peligro, el sistema de competencias se resolvería en favor de B, de modo que allí solamente él estaría defendiendo el conjunto de libertades que pretende tutelar el derecho penal y lo haría, en concreto, repeliendo el ilícito de A. Así, la fundamentación de este derecho a la defensa necesaria de B se basaría en el ejercicio abusivo de A de la libertad que *ex ante* el ordenamiento jurídico garantizó en su favor. Entonces, a la autodeterminación de A perfeccionada como infracción al principio general de *neminem laedere* permitiría imputársele, en este caso, la competencia incluso por su propio homicidio —ejecutado por B—.[79]

Además de ello, como consecuencia adicional del mejor derecho otorgado a B, las normas de conducta que se infieren del capítulo dedicado a la intervención delictiva —§§ 25-28, StGB y arts. 45-49, CP—, el tercero que no forma parte de la comunidad de peligro podría interceder únicamente en su favor —y nunca en favor de A—. En lo que al caso original respecta, si instigar —en virtud de § 26, StGB— y determinar directamente a otro —según el art. 45, 2.ª oración, CP— consisten en crear la idea criminal en el autor, en "hacer nacer el dolo típico", la conducta de C que inste al náufrago a salvarse —evidentemente, a costa del otro náufrago— resultaría

[77] Esta posición mayoritaria ya fue estudiada críticamente, *supra* III.

[78] Así, en lugar de muchos, PAWLIK, *supra* nota 35, p. 25. Sin embargo, afirma acertadamente COCA VILA (*supra* nota 56, p. 492) que el ordenamiento jurídico no puede considerar antijurídica la concreta realización de la única posibilidad que ambos agentes necesitados tenían de salir indemnes del conflicto.

[79] Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 237 ss.; WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 166 ss.

ceteris paribus siempre punible (!), ya sea que la prestación se realice en favor de A o en favor de B, ya que por definición la instigación deberá tener lugar antes del comienzo de la agresión.[80]

Sin embargo, a mi entender, esta posición no resulta atendible. En efecto, pienso que existe una flagrante confusión de planos entre el programa de distribución de derechos y deberes recíprocos propio del sistema de competencia y el efectivo ejercicio de la esfera de libertad resultante de aquel. Entones, en el caso propuesto, entiendo que no es correcto distribuir competencias luego de que A ejerza su derecho de necesidad, si no que es imprescindible realizarlo antes de que esto ocurra. Brevemente: no puede establecerse que B tiene un mejor derecho de necesidad que A por el hecho de que este haya comenzado antes a ejercer el suyo, sino que el alcance de los derechos de necesidad, que caen tanto en cabeza de A como de B, debe considerarse únicamente en el instante —previo— en que ambos se encuentran flotando en la tabla. Esto, claro está, también modifica el alcance de las competencias en materia de intervención delictiva.[81]

En este sentido, el desarrollo moderno de la dogmática de los derechos de necesidad y, especialmente, el perfeccionamiento del instituto del estado de necesidad defensivo modificaron la estructura de la defensa necesaria —redujeron su ámbito de aplicación— de modo tal que, en nuestro caso y según entiendo, sería imposible apreciar este derecho en cabeza de B. En efecto, en la actualidad se exige, para el ejercicio de la defensa necesaria, que la agresión que la origine sea el resultado no solamente de la infracción a una norma de comportamiento, sino también que se encuentren cumplidas las reglas de imputación. De este modo, el derecho a la defensa necesaria no sería ejercitable frente a agresiones realizadas por inimputables y personas obrantes en el marco de un error de prohibición o de una causal de exculpación. Estas mayores exigencias se justifican a partir de que este instituto, en tanto derecho de necesidad más extenso, solo reconoce un límite en la desproporción extrema entre la acción defensiva y la agresión ilegítima y que, por consiguiente, escapa a las reglas de la ponderación de intereses. Además, el ejercicio de la defensa

[80] Sobre el contenido y el alcance del injusto propio del partícipe véase ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, pp. 90 ss.
[81] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 56, p. 492.

necesaria obstaculiza la aplicación prioritaria de cualquier otro derecho de necesidad e impone al destinatario un deber de tolerancia —que, en el supuesto planteado, caería en cabeza de A—.[82]

Por otra parte, la reducción del ámbito de aplicación de la defensa necesaria se compensó, como se afirmó, con un proporcional desarrollo del instituto del estado de necesidad defensivo, cuyo origen —para la moderna dogmática penal— debe reconducirse al § 228, BGB (Código civil alemán). Entonces, este instituto permite la defensa de un ámbito propio de autonomía a partir de la neutralización de un peligro que surge de una esfera de organización ajena y siempre que no exista una preponderancia esencial de los intereses del destinatario de la acción de necesidad.[83]

En nuestro caso, entonces, si bien no sería posible hallar en favor de B un derecho a la defensa necesaria, puesto que no se encuentran cumplidas las reglas de imputación en A, sí reconocer, *prima facie*, a su favor un estado de necesidad defensivo, ya que se podría advertir que del propio peso de A surge un peligro para la vida de B que se materializa en que la tabla no puede soportar el peso ambos. Sin embargo, una argumentación como esta pasaría por alto que los derechos de necesidad son un elemento de la teoría de las competencias, de modo que, en principio y exceptuando la fundamentación basada en la solidaridad, el peligro que da lugar al estado de necesidad defensivo también debe poder reconducirse normativamente a la persona en derecho —principio de autonomía—,[84] cuyos derechos fundamentales resultan lesionados por la acción defensiva, de modo que no resulta suficiente una atribución de responsabilidad *meramente causal*.[85]

Entonces, en un caso como el estudiado, una correcta distribución de competencias basada meramente en el principio de autonomía impediría resolver correctamente el conflicto suscitado. Así, ya se sostuvo que en la situación de necesidad en la que A y B están inmersos, no puede hacerse depender la concesión de derechos a uno y a otro justamente del propio ejercicio de esos derechos. Una argumentación de esta naturaleza resultaría evidentemente circular. En este

[82] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 237 ss.; ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 103 ss.; COCA VILA, "Entre la responsabilidad y la solidaridad", *InDret,* n.º 1/2011, *passim*. Fundamental, al respecto, WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 205 ss. y *passim*.

[83] Fundamental, WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 205 ss. y *passim*; COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 349 s.

[84] WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 448 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, p. 493.

[85] De otra opinión, SCHUNEMANN, "Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung", en NEUMANN *et al.* (eds.), *Verantwortetes Recht*, Steiner, Wiesbaden, 2005, p. 153. Crítico, COCA VILA, "Entre la responsabilidad y la solidaridad", en *InDret,* n.º 1/2011, p. 23 s.

sentido, si conceder a B un derecho de defensa necesaria implicaría lesionar flagrantemente el principio de igualdad y uno de estado de necesidad defensivo significaría identificar a A como mero fenómeno causal, entonces, la solución correcta sería conceder tanto a A como a B un derecho de necesidad agresivo —basado en el principio de solidaridad—, pero con la particularidad de que los deberes de tolerancia recíprocos, derivados de la necesidad ajena, deberían ceder frente a la propia necesidad.[86]

En efecto, la solución que entiende que en el supuesto dado existiría únicamente una merma en las capacidades resultantes de las reglas de imputación, debería concluir que las normas de conducta impondrían tanto a A como a B su propia muerte, lo que no podría ser de recibo. Brevemente: afirmar que tanto A como B se ven *in concreto* impedidos de motivarse por la norma penal implicaría conceder que la voluntad general materializada en el ordenamiento jurídico o bien impone —mediante el mantenimiento a ultranza de la prohibición de matar a otro— a A y a B su propia muerte,[87] o bien espera, efectivamente, que uno de los dos incumpla sus propios designios, para que —al menos— se respete el derecho fundamental a la vida de uno de ellos.[88]

[86] Así también OTTO, "Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen" *JURA* 7, 2005, pp. 477 ss. Esta parece ser, asimismo, la solución de COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 492 ss., quien, sostiene "la víctima final no debe tolerar su fatal destino por razones de solidaridad, nadie le debe a nadie solidaridad hasta tal punto" (p. 492). Sin embargo y siguiendo el objeto de su monografía, COCA VILA se concentra en la *obligación alternativa* que se instituiría en favor del tercero obligado al auxilio frente a la comunidad de peligro. En el sentido de la solución aquí planteada, GUNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß,* 1983, pp. 331, 383, introduce un argumento adicional. Este autor afirma que existen dos tipos de causales de exclusión del injusto: las propias y las impropias, de modo que solo las impropias implicarían un reconocimiento general en todo el ordenamiento jurídico —y no únicamente en el específicamente penal— e impondrían un correspondiente deber de tolerancia de la injerencia en perjuicio de la víctima. En nuestro caso, los náufragos solo tendrían a su favor una causal de exclusión del injusto propia, ergo con las limitaciones expuestas. Sin embargo, la solución aquí expuesta se divorcia de la adoptada por este autor en tanto él no descarta la existencia de un derecho a la defensa necesaria en favor de la víctima.

[87] Como aquí, también crítico, RENZIKOWSKI, "Entschuldigung im Notstand", *JahrbRuE* 11, 2003, pp. 269, 284, quien advierte que en aquel estado de necesidad en el que la propia existencia corre peligro dejaría de regir la "norma de comportamiento de derecho público". En sentido similar, ROBLES PLANAS, "En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos", en *LH-Mir Puig*, La ley, Madrid, 2010, p. 469. Véase también COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 490 ss., 494, esp. nota 315.

[88] Cfr. HILGENDORF, "Tragische Fälle", en BLASCHKE *et. al.* (eds.), *Sicherheit statt Freiheit?*, Dunckler und Humblot, Berlín 2005, p. 130. Sin embargo, en el estado actual de la dogmática es ampliamente mayoritaria

Tampoco resultan acertadas las objeciones vinculadas a la incertidumbre de los juicios hipotético-causales, en el sentido de que aquí no resultaría conveniente conceder a uno de los náufragos un derecho de necesidad, puesto que, en última instancia, nunca podría saberse a ciencia cierta cuál sería el desenlace del conflicto, de modo que adelantarse y permitir una muerte implicaría, de algún modo, "jugar a ser Dios".[89] Pero esto no resulta acertado, puesto que la definición de comunidad de peligro impone la consideración de que exista una probabilidad rayana con la seguridad, desde una perspectiva *ex ante*, de que los involucrados van a morir, de modo que lo único que se eliminaría aquí sería la posibilidad del acaecimiento de un milagro o de un curso salvador completamente imprevisible. Pero esto no puede resultar jurídicamente relevante puesto que, en última instancia, a todo pronóstico le es inherente un momento de incertidumbre,[90] de modo que de seguirse este argumento tampoco podría otorgarse un derecho a la defensa necesaria ya que siempre cabría la posibilidad de que el agresor no comience con el ataque o que habiendo comenzado, cese.[91]

En este sentido, debe remarcarse que si el fundamento del estado de necesidad agresivo es la solidaridad. Entonces, del mismo modo que la legitimidad de la norma de conducta derivada del delito de omisión de auxilio se basa en que el delincuente consiente que a su costa se restablezca la vigencia lesionada del derecho por el hecho de que también pudo haber sido él quien se encontraba necesitado de auxilio y, en ese caso, la colaboración también se la habría impuesto a un tercero;[92] del mismo modo, sosteníamos, debe basarse el fundamento de la solidaridad, en nuestro

---

la posición que sostiene que, salvo que la creación del peligro pueda reconducirse normativamente a la conducta de la víctima, matar a un inocente estaría siempre prohibido, aunque ello acaezca dentro de una comunidad de peligro. Entonces, entre los argumentos en los que se apoya este entendimiento mayoritario se destacan, en primer lugar, la comprensión de que la vida humana es un valor absoluto inconmensurable y no sujeto a ponderación, de modo que su reducción a mero objeto de servicio de otro ser humano resultaría una afectación intolerable de la dignidad humana. En segundo lugar, la permisión del homicidio de inocentes llevaría a la banalización del homicidio y constituiría en regla una situación que debe permanecer como excepcional. Véase, crítico, COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 484-486.

[89] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.ª ed., de Gruyter, Berlín y otras, 2015 p. 152, afirma que el sujeto "hace las veces del destino".

[90] ISENSEE, "Leben gegen Leben", *FS-Jakobs*, Heymanns, Colonia, 2007, p. 221.

[91] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 56, p. 495 con más bibliografía.

[92] De esta manera, afirma PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 248 ss., que en el estudio de la legitimidad del delito de omisión de auxilio, según el § 323 c, se debe tomar en serio la analogía con las disposiciones pertinentes en el derecho de seguros.

caso, en el consentimiento presuntamente prestado por ambos —ex ante— de que al menos uno de los dos se salve, aunque ello sea a costa del otro.[93] Entonces, puede afirmarse válidamente que el derecho de necesidad agresivo que tanto A como B tendrían a su favor se basa en que al menos uno de los dos tendría ex ante la posibilidad de salvarse, mientras que, de aceptar la solución contraria —y respetando el principio de igualdad—, el derecho les impondría a los dos perecer, de forma tal que si de algún modo un oficial de policía tuviera acceso a esa comunidad de peligro sin poder salvar a los náufragos, debería cuidar que ninguno de ellos intente salvarse a costa del otro.[94]

Nótese que entender el estado de necesidad exculpante como una cuestión de competencias tiende, en última instancia, a relativizar una nítida división conceptual entre injusto y culpabilidad, cuya incorrección excede, por lo demás, el marco de las causales de exculpación. Sin embargo, debe advertirse que las consecuencias sistemáticas que se derivan de esta tajante división tampoco resultan de recibo. Así, por un lado, parece irrelevante que la inclusión de las causales de exculpación en el momento sistemático posterior al injusto habilite la imposición de medidas de seguridad, puesto que, *ceteris paribus*, de una agresión en estado de necesidad exculpante, en los términos aquí expuestos, no se infiere un peligro futuro para los restantes miembros de la ciudadanía. Por otro lado, ya se ha expuesto que, en estos términos, la concesión a la víctima de un derecho de defensa necesaria implicaría una lesión al principio de igualdad.[95]

Finalmente, en este punto, la proximidad entre injusto y culpabilidad también impondría que el derecho —derivado del estado de necesidad agresivo— de los náufragos, y la impunidad resultante de su correspondiente ejercicio, se haría extensivo a los intervinientes en el delito. En nuestro caso, entonces, C podría no solo decidir a quién de los dos ayudar, sino que también podría hacer nacer válidamente el dolo de A de matar a B —poniendo a salvo, por supuesto, su

[93] Frisch, "Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien", en *FS-Puppe*, Duncker und Humblot, Berlín, 2011, p. 450. Así, afirma acertadamente COCA VILA, *supra* nota 56, p. 494, que en las comunidades de peligro simétricas se da la paradoja de que la norma que protege la vida garantizaría ahora la pérdida de todas las vidas humanas implicadas. Una solución como la que aquí se propone permite sortear esta dificultad.

[94] Cfr. KUPER, "Grundsatzfragen der 'Differenzierung' zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung", JuS 2, 1987, p. 90.

[95] Véase *supra* III.2.

propia existencia— en los términos de la instigación, según el § 26, StGB, y de la determinación directa, según el art. 45, 2.ª oración, CP.

IV. La complicidad en el estado de necesidad exculpante: Entre la intervención delictiva, la autoría mediata y la omisión de auxilio

Modifíquese aquí el caso planteado al inicio y supóngase que en la misma situación en la que A y B se encuentran flotando en la diminuta tabla y C se halla a salvo en las piedras del muelle, ahora este observa a su vera una madera punzante, con la forma de una espada, que es, en verdad, un resto de la embarcación que ha naufragado. Entonces, C, quien en todo momento advierte que la tabla en la que flotan A y B no puede soportar el peso de ambos, tiene ahora la potestad de arrojar la madera al lado de la tabla en el que se encuentra A o al lado de B, de modo que el receptor del arma podría, con toda certeza, herir al otro necesitado y empujarlo, así, afuera de la tabla. Bajo estas circunstancias, C escoge arrojarle la madera a su amigo A, quien hiere a B y luego este cae de la tabla. Finalmente, entra en escena una lancha de rescate y A se salva.[96]

En esta variación del caso original, la conducta de C sería subsumible en la de complicidad, según el § 27, StGB, y de participación primaria o necesaria, según el art. 45, CP. Entonces, como el hecho principal es el mismo, caracterizado por la comunidad de peligro de A y B, y las reglas de la accesoriedad limitada rigen para todas las formas de intervención delictiva, la dogmática debería reconocer, aquí también, la exculpación —ergo impunidad— del hombre de adelante (A) y la plena responsabilidad del hombre de atrás (C).[97] Se debe tener presente que, según el § 27, StGB, a C le correspondería una disminución de la escala penal —según la pena prevista para el delito intentado, § 49, StGB— pero, según el art. 45, 1.ª oración, CP, a C le correspondería la misma pena que al autor, sin atenuantes.

De esta manera, entiendo que la posición mayoritaria tendría aquí las mismas dificultades que en el caso de instigación (o determinación directa), por lo que, siguiendo el razonamiento efectuado en el título anterior, las causales de exculpación deberían entenderse como un momento del sistema de competencias y no como un problema de reglas de imputación, las que

[96] Cfr. esta variación con el caso original planteado al inicio del texto bajo el título I.

[97] Véase, en lugar de muchos, BOCKLEMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Schwartz, Göttingen, 1957, p. 86; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., de Gruyter, Berlín, 1969, p. 218; MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 32 n.º m. 6. ss.

según el § 29, StGB y el art. 48, CP son independientes para cada partícipe. Así, la complicidad —al igual que la instigación— con quien posee un derecho de necesidad también debería resultar impune, aunque este no tenga, como correlato, un deber de tolerancia —como ocurre en esta comunidad de peligro—.[98]

Sin embargo, Roxin mantiene una solución contraria e incluye un factor adicional. En su opinión, tan importante sería aquí el aporte de C que no podría referirse válidamente a una colaboración en un homicidio, sino que la definitoria relevancia de aquel modificaría la situación objetiva al dar a quien se encuentra en peligro una posibilidad que antes no tenía de realizar el delito en estado de necesidad.[99] En verdad esto no puede compartirse. Y ello porque, según entiendo, no es cierto que el hombre de atrás le dé al de adelante la posibilidad de realizar el delito en estado de necesidad, sino que él solo mejora las posibilidades que este ya tenía, igual que ocurre en la mayoría de los supuestos de complicidad.

A su vez, en la complicidad en el estado de necesidad exculpante existe un problema adicional. Así, el § 35, StGB establece que "actúa sin culpabilidad" quien obra para repeler un peligro para "él, un familiar o una persona cercana a él". Al margen de la indeterminación del precepto, supóngase ahora que A y C no son próximos amigos, sino que se conocieron pocos minutos antes de comenzar el paseo, ¿debería, entonces, esta circunstancia dejar a C al margen de la exculpación, como pretende el legislador alemán? En cualquier caso, en el ordenamiento jurídico-penal argentino, en el que los supuestos de estado de necesidad exculpante se encuentran incluidos, parcialmente, de modo supralegal,[100] no tiene lugar una disposición como esta, por lo que, en el marco de la teoría de las competencias, como ocurre aquí, la mayor o menor amistad entre A o C no tendría relevancia.

Pero supóngase ahora que esta comunidad de peligro tiene lugar bajo el imperio del ordenamiento jurídico-penal alemán y que no existe relación previa alguna entre A y C, ¿cómo debe interpretarse esta restricción del § 35, StGB frente a las exigencias del delito de omisión de auxilio, según el § 323 c, StGB (art. 108, CP), que imponen colaborar con aquel ciudadano que se encuentre expuesto a un peligro vital, siempre que no exista, para el colaborador, riesgo personal?

[98] Véase *supra* III. 3.
[99] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.ª ed., de Gruyter, Berlin y otras, 2015, p. 152. En el resultado también, GALLAS, "Täterschaft und Teilnahme", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, Bonn, 1954, p. 134.
[100] Véase *supra* I.

Entonces, el deber que le impone el derecho al ciudadano de no colaborar con un homicidio ajeno debería ceder aquí frente al delito de omisión de auxilio, de modo que, en nuestro caso, C tendría el *deber* de arrojar la madera para que al menos uno de los dos se salve —lo que constituiría una *obligación alternativa* de auxilio—.[101]

Finalmente, a título de resumen, debería concluirse que tanto según las disposiciones del ordenamiento jurídico-penal alemán, como del argentino, ya sean A y C íntimos amigos o completos desconocidos, en el caso aquí propuesto la norma de comportamiento que impide intervenir en un homicidio ajeno no tendría aplicación y, por el contrario, C siempre tendría el deber de salvar a uno de los intervinientes en la comunidad de peligro, en función de la solidaridad derivada de las relaciones de ciudadanía.[102]

V. Resultados

– La teoría del delito de fundamentación naturalística se basa sistemáticamente en la distinción entre un juicio sobre el injusto, perfeccionado con la afectación de un bien jurídico, y otro sobre la culpabilidad, en el que se atiende a las circunstancias concretas del autor al momento del hecho. A su vez, desde este prisma, la teoría de la accesoriedad limitada impone que, en caso de que exista una causal que impida el acabamiento del juicio sobre el injusto, aquella se hará extensiva al partícipe, mientras que los fundamentos que hacen caer el juicio sobre el autor solo lo benefician a él y no a los demás intervinientes. En tal sentido, la instigación en un estado de necesidad exculpante debería ser punible —con la posibilidad de reducción del marco penal, según el § 26, StGB, pero con la pena del autor, según el art. 45, CP— y la conducta del autor exculpada. Entonces, con finalidad didáctica se propone el análisis del problema desde una variación del célebre caso de la tabla de Carnéades.

– La solución de la exculpación del hombre de adelante y la plena punibilidad, *ceteris paribus*, del hombre de atrás es rechazada por distintas posiciones que, sin embargo, mantienen la

[101] Así, OTTO, "Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen" *JURA* 7, 2005, pp. 477 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, p. 496. Sin embargo, el último autor parece ir demasiado lejos cuando afirma que, en caso de que A reciba la ayuda, B debería tolerar tal elección en virtud de la posibilidad que tuvo *ex ante* de ser salvado.

[102] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 56, p. 496-497.

mencionada bipartición analítica en la teoría del delito. En efecto, se ofrecen fundamentos de distinta índole pero, en términos generales, se advierte que el problema de la exculpación, derivada de la inexigibilidad de una conducta conforme a derecho, no es de carácter subjetivo, vinculado al autor *in concreto*, sino general y abstracto. Empero, de esta premisa coincidente se infieren dos conclusiones sistemáticamente opuestas: un sector doctrinal emparenta la exculpación con el contenido del injusto, mientras que otro lo aproxima a las condiciones objetivas de punibilidad. De este modo, solo el segundo grupo mantiene la plena responsabilidad del partícipe, mientras que el primero le hace extensivos los defectos de imputación del autor, lo que determina su impunidad. En cualquier caso, al margen de las soluciones contrapuestas, el debate muestra que la exculpación lejos está de ser un problema resuelto en un modelo de teoría de la imputación basado en la distinción entre las condiciones de afectación de un bien jurídico y su autor.

– Sin embargo, el cuadro de situación cambia cuando se advierte que, según modernas investigaciones, ya no puede ser de recibo la concepción de un injusto divorciado de la culpabilidad, sino que ambos son elementos de un juicio adscriptivo basado en normas de comportamiento y reglas de imputación, mediante el cual se le impone al ciudadano, en última instancia, la infracción de un deber de cooperación. Entonces, la norma de comportamiento se define, en concreto, a partir de un sistema de competencias que permite advertir los límites del deber de cada ciudadano frente al derecho. De este modo, el ejercicio de los derechos de necesidad —como parte de este sistema de competencias— se encuentra atravesado por una dinámica de "distribución de responsabilidades" que atiende al fundamento organizacional o institucional en la provocación de la situación de necesidad. Y el estado de necesidad exculpante no escapa a esta lógica.

Entonces, luego de caracterizar al estado de necesidad exculpante dentro del sistema de competencias, se advierte el alcance del derecho de cada uno de los necesitados y se concluye que, en el marco de una comunidad de peligro —simétrica y de carácter vital— el derecho de necesidad no conlleva, recíprocamente, un deber de tolerar el ejercicio de ese derecho. Seguidamente, se establece que si el hombre de adelante goza de un derecho de necesidad, el partícipe, que intercede en su favor, no lesiona ninguna norma de comportamiento, lo que beneficia al instigador —§ 26, StGB— o determinador directo —art. 45, 2.ª oración, CP—.

– En este sentido, deben hacerse extensivas a la complicidad las conclusiones a las que se arribó en la instigación, aunque con ciertas salvedades. En efecto, en el supuesto fáctico

planteado, la complicidad en una comunidad de peligro como la descripta no solo resultaría impune porque el hombre de adelante no sería competente por el homicidio, sino que, incluso, una intervención en tal sentido sería mandada por el ordenamiento jurídico, en virtud del delito de omisión de auxilio —§ 323 c, StGB y art. 108, CP. De modo que, en este sentido, tampoco tendría lugar la restricción impuesta únicamente en favor de familiares y allegados del auxiliante, según el § 35, StGB.

– Finalmente, considero oportuno efectuar aquí una mención especial sobre el estudio monográfico que es motivo principal de referencia en esta edición de la revista jurídica "En Letra". En efecto, la tesis doctoral de Ivó Coca Vila, *La colisión de deberes en Derecho penal*, da cuenta de un pensamiento profundo, de una capacidad de trabajo admirable y de una gran claridad analítica. Estos son, entiendo, los resultados de hacer de la ciencia del derecho penal un proyecto de vida. En lo que a este artículo se refiere, tal y como dan cuenta las numerosas referencias incluidas, la tesis de Coca Vila resultó fundamental en el análisis de la distribución de competencias en el marco de una comunidad de peligro y de las limitaciones recíprocas que se infieren del sistema de derechos de necesidad frente al derecho fundamental a la vida. Por lo demás, creo no equivocarme al afirmar que, por ser miembro de dos escuelas señeras dirigidas, respectivamente, por Jesús-María Silva Sánchez y Michael Pawlik, a partir de este estudio monográfico —cuya lectura, desde ya, se recomienda— Coca Vila se posiciona como uno de los exponentes más sólidos de la moderna dogmática jurídico-penal española. En este sentido, entiendo que es conveniente acostumbrarse a su pluma pues intuyo que sus textos acompañarán largamente a los juristas de mi generación.