



Tesis para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad  
Austral de Buenos Aires.

**El estado de necesidad agresivo justificante:  
una propuesta liberal.**

Autor: Mag. Prof. Alejandro Freeland

Directores: Dr. Dr. h.c. múlt. Prof. Jesús María Silva Sánchez y Dr.  
Profesor Lector Ivó Coca Vila.

2020



*A Caro y a María, Inés y Vicky  
Por quienes todo merece la pena*



# Índice

|                                                                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Índice</b> .....                                                                                                          | 5  |
| <b>Abreviaturas</b> .....                                                                                                    | 15 |
| <b>Presentación, problemas y objetivos de este trabajo</b> .....                                                             | 17 |
| <b>I. Presentación</b> .....                                                                                                 | 17 |
| <b>II. El estado de necesidad agresivo en el Derecho argentino</b> .....                                                     | 25 |
| 1. Regulación legal: génesis y evolución .....                                                                               | 25 |
| 2. Las últimas propuestas de modificación .....                                                                              | 34 |
| 2.a. El Proyecto de 2006 .....                                                                                               | 34 |
| 2.b. El Proyecto de 2012 .....                                                                                               | 36 |
| 2.c. El proyecto de 2019 .....                                                                                               | 36 |
| 3. La opinión de la doctrina nacional .....                                                                                  | 38 |
| 4. Primeras impresiones .....                                                                                                | 42 |
| <b>III. Sobre los problemas que enfrentamos (y sobre una propuesta que los patentiza)</b> .....                              | 45 |
| 1. Presentación de los problemas.....                                                                                        | 45 |
| 2. ABC del estado de necesidad agresivo: “el uso” del tercero inocente .....                                                 | 55 |
| 3. ¿Por qué se sostiene que podemos <i>usar</i> a un inocente? .....                                                         | 65 |
| 4. Diálogo con Ticio, que está “preocupado por lo que a mí me preocupa” .....                                                | 70 |
| 5. Algunas propuestas que justifican y explican mis prevenciones y mis temores ...                                           | 71 |
| 5.a. La de Enrique Gimbernat .....                                                                                           | 71 |
| 5.b. Sobre “justicieros cósmicos” y “cosmopolitas de la igualdad” .....                                                      | 72 |
| 5.c. La de Javier Wilenmann .....                                                                                            | 73 |
| <b>IV. Objetivo de esta tesis doctoral</b> .....                                                                             | 85 |
| a) El estado de necesidad agresivo justificante es una institución irregular en un ordenamiento jurídico penal liberal ..... | 85 |
| b) Tesis .....                                                                                                               | 87 |
| c) Quiero ofrecer una interpretación restrictiva, acorde con su fundamento irregular .....                                   | 88 |
| d) Estructura (partes) y orden de este trabajo .....                                                                         | 90 |
| <b>Primera Parte. El fundamento del estado de necesidad agresivo justificante</b> .....                                      | 93 |

|                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Capítulo I. La teoría del interés preponderante</b> .....                                                                         | 95  |
| 1. Presentación de la teoría del interés preponderante o “del mal menor” .....                                                       | 95  |
| 2. La teoría del interés preponderante como “ley general” .....                                                                      | 100 |
| 3. Crítica a la teoría del interés preponderante .....                                                                               | 103 |
| 3.1. La crisis de la idea del “bien jurídico” .....                                                                                  | 105 |
| 3.2. El conflicto es “entre personas”. Tres autores y la idea de competencia<br>por el peligro .....                                 | 111 |
| 3.2.1. Günther Jakobs .....                                                                                                          | 111 |
| 3.2.2. Jesús- María Silva Sánchez .....                                                                                              | 113 |
| 3.2.3. Francesc Baldó Lavilla .....                                                                                                  | 114 |
| 3.3. Ivó Coca Vila: “Una aproximación empírica incorrecta y normativamente<br>inasumible” .....                                      | 121 |
| <br><b>Capítulo II. Deriva hacia la autonomía y “limitaciones por solidaridad”</b> .....                                             | 123 |
| 1. La tesis de la solidaridad .....                                                                                                  | 124 |
| 1.1. La solidaridad como lazo intersubjetivo (propuestas de Baldó,<br>Silva y la propia) .....                                       | 125 |
| 1.2. La solidaridad como prima en un contrato de seguro (Merkel) .....                                                               | 130 |
| 1.3. La solidaridad como garantía de la sociedad solidaria (Frisch) .....                                                            | 131 |
| 1.4. Perspectivas institucionalistas (Pawlik, ¿Silva Sánchez?) .....                                                                 | 133 |
| 1.4.1. Pawlik: el ciudadano corresponsable por defecto del principal ....                                                            | 134 |
| 1.4.2. Silva Sánchez: La solidaridad como ( <i>cuasi</i> ) institución,<br>( <i>cuasi</i> ) estatal de incidencia subsidiaria .....  | 137 |
| 2. Los problemas de la solidaridad como límite .....                                                                                 | 138 |
| 2.1. La solidaridad como un concepto indefinido .....                                                                                | 138 |
| 2.2. La imposición de deberes morales bajo coacción .....                                                                            | 139 |
| 2.3. Su incidencia en el principio de autonomía individual .....                                                                     | 139 |
| <br><b>Segunda Parte. La irregularidad del estado de necesidad agresivo en un<br/>ordenamiento jurídico liberal</b> .....            | 141 |
| <br><b>Capítulo III. Legitimidad y espacio margen del estado de necesidad agresivo en un<br/>ordenamiento jurídico liberal</b> ..... | 143 |
| 1. ¿Es legítimo el estado de necesidad agresivo en un ordenamiento jurídico                                                          |     |

|                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| liberal? .....                                                                              | 143 |
| 2. El espacio margen para el estado de necesidad agresivo en un sistema de libertades ..... | 143 |

|                                                                                                                                                                  |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo IV. La regularidad de la legítima defensa y del estado necesidad defensivo. “La rareza y excepcionalidad” del estado de necesidad agresivo .....</b> | <b>147</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

### **Tercera Parte. Primera delimitación de las situaciones de necesidad.**

|                                           |            |
|-------------------------------------------|------------|
| <b>Y ¿de qué libertad hablamos? .....</b> | <b>155</b> |
|-------------------------------------------|------------|

|                                                                                                        |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Capítulo V. Incumbencia por el origen del peligro y dirección de la acción de salvaguarda .....</b> | <b>157</b> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

|                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. El origen (la fuente) del peligro que amenaza .....                                                                | 158 |
| 1.1. Peligros originados en “naturaleza” .....                                                                        | 162 |
| 1.2. Peligros con origen en una persona .....                                                                         | 162 |
| 2. Sujetos <i>responsables</i> por el peligro (responsables plenos y responsables preferentes) .....                  | 163 |
| 3. El necesitado decisor. “Competente mínimo” por el peligro y “competente pleno” por la situación de necesidad ..... | 170 |
| 3.1. La gestión del peligro de parte del necesitado .....                                                             | 172 |
| 4. El inocente: absoluto irresponsable y absoluto incompetente .....                                                  | 176 |
| 5. Excurso: breve (e incómodo) encuentro con Ticio .....                                                              | 176 |

### **Capítulo VI. “¿Qué liberal eres?” Diálogo con Ticio y una carta.**

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introducción.....                                         | 179 |
| 2. ¿Liberal? Pobre de ti... Y dime: ¿qué liberal eres? ..... | 182 |
| 3. Diálogo con Ticio y una carta .....                       | 183 |
| 3.1. Encuentro con Ticio, preguntas importantes .....        | 183 |
| 3.2. Mi carta a Ticio .....                                  | 184 |

### **Capítulo VII: La libertad: ¿Qué libertad? Mill y Kant.**

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La libertad clásica (libertad negativa): John Stuart Mill.....                  | 191 |
| 1.1. ¿Dos conceptos de libertad? La libertad positiva y la libertad negativa ..... | 191 |
| 1.1.1. Isaiah Berlin. Dos libertades (o, en rigor, sólo una...) .....              | 198 |

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.1.2 Amartya Sen: Libertad positiva más libertad negativa.<br>El “Liberalismo social o igualitario” .....                                     | 202 |
| 1.2. Lo posible: la libertad negativa. Lo imposible: las dos libertades o sólo<br>la positiva .....                                            | 203 |
| 1.3. Recalculando y vuelta a casa: Mill .....                                                                                                  | 206 |
| 2. La dignidad. Immanuel Kant: “¡no me uses, soy persona!” .....                                                                               | 207 |
| 3. Compatibilizando a Mill con Kant .....                                                                                                      | 214 |
| <br><b>Capítulo VIII. Principios liberales que fundamentan y limitan tanto el derecho de<br/>salvaguarda como el deber de tolerancia</b> ..... | 217 |
| 1. El punto de partida: el principio de la autonomía individual.....                                                                           | 218 |
| 1.1. ¿Planes de vida moral y/o jurídicamente aceptables e inaceptables .....                                                                   | 220 |
| 1.2. La libertad expresiva y la libertad meramente instrumental .....                                                                          | 226 |
| 1.3. Libres <i>para</i> ... Responsables <i>por</i> .....                                                                                      | 228 |
| 2. El principio fundamental de la dignidad de la persona humana .....                                                                          | 230 |
| 3. Principios liberales y configuración del deber de tolerancia como subsidiario,<br>excepcional y mínimo .....                                | 239 |
| 4. Examen de algunos de los casos ya presentados a la luz de los principios<br>nucleares de la autonomía y de la dignidad .....                | 239 |
| <br><b>Capítulo IX. Nuestro ordenamiento jurídico (y penal) es esencialmente liberal:<br/>libertad negativa</b> .....                          | 243 |
| 1. Aproximación normativa .....                                                                                                                | 243 |
| 1.1. La Constitución .....                                                                                                                     | 243 |
| 1.2. La ley penal .....                                                                                                                        | 247 |
| <br><b>Cuarta Parte. Derechos para unos y deberes para otros</b> .....                                                                         | 249 |
| <br><b>Capítulo X. Deberes negativos y deberes positivos: evitar el mal y hacer el bien</b> ....                                               | 251 |
| 1. La cuestión.....                                                                                                                            | 251 |
| 2. Una alternativa, acaso plausible .....                                                                                                      | 255 |
| 3. La primacía del deber negativo sobre los positivos. Y de los deberes<br>positivos especiales sobre los generales .....                      | 257 |



## **Capítulo XI. El estado de necesidad agresivo como un “derecho mínimo”.**

|    |                                                                                                                                       |     |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introducción: Derechos y deberes que nacen de un permiso.....                                                                         | 259 |
| 2. | La propuesta de Hohfeld .....                                                                                                         | 262 |
|    | 2.1. La tabla de los correlativos y sus relaciones .....                                                                              | 265 |
|    | 2.2. La tabla de los opuestos y sus relaciones .....                                                                                  | 277 |
| 3. | Dos propuestas complementarias.                                                                                                       |     |
|    | 3.1. La propuesta de Carlos Nino .....                                                                                                | 280 |
|    | 3.2. La distinción de Jesús Silva .....                                                                                               | 282 |
| 4. | Presentación de las tablas de correlativos y de opuestos: derechos máximos, medios y mínimos/ deberes máximos, medios y mínimos ..... | 284 |
| 5. | Aplicación del esquema a las tres situaciones de necesidad justificantes .....                                                        | 284 |
|    | 5.1. Legítima defensa. Derecho como pretensión (derecho máximo o fuerte) - deber de tolerancia máximo (o fuerte) .....                | 285 |
|    | 5.2. Estado de necesidad defensivo. Derecho como privilegio (derecho medio) - deber de tolerancia (deber medio) .....                 | 285 |
|    | 5.3. Estado de necesidad agresivo: Derecho de injerencia mínimo (como potestad o facultad)- deber de tolerancia mínimo .....          | 287 |

## **Capítulo XII. Consecuencias de este mínimo papel de la entrega al otro en reconocimiento a su dignidad .....**

|    |                                                                                                                                                                 |     |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|    |                                                                                                                                                                 | 291 |
| 1. | Deber de tolerancia del inocente: subsidiario, excepcional y mínimo.....                                                                                        | 291 |
| 2. | Exclusión de la figura del tercero auxiliador en situaciones de necesidad agresivo ...                                                                          | 292 |
| 3. | La “solidaridad obligada”. O, mejor, sobre el deber de socorro o de auxilio positivo general de sujetos en peligro, art. 108 del CPA .....                      | 293 |
|    | 3.1. La ayuda impuesta por la ley penal; ¿un mandato de amor acaso necesario?                                                                                   | 293 |
|    | 3.2. El artículo 108 del CPA .....                                                                                                                              | 294 |
|    | 3.3. Límites y alcance del deber de socorro activo del 108 del CPA .....                                                                                        | 299 |
|    | 3.3.1. ¿Podemos sobrevivir sin el mandato (penal general) del amor? ....                                                                                        | 299 |
|    | 3.3.2. ¿Es el deber de socorro activo del art. 108 del CP, una “cláusula espejo” del deber de tolerancia del inocente en situación de necesidad agresiva? ..... | 300 |
|    | 3.3.3. ¿Qué tipo de deber impone el art. 108? La vuelta a Hohfeld .....                                                                                         | 301 |

## **Capítulo XIII. Casum Sentit Dominus como principio liberal.**

|    |                             |     |
|----|-----------------------------|-----|
| 1. | Introducción al casus ..... | 309 |
|----|-----------------------------|-----|

|                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. “Debo asumir, en principio, lo que me toca, la transferencia es excepcional y subsidiaria” .....                   | 313 |
| 3. Excurso: Diálogo con Ticio “ <i>good luck, bad luck</i> ” ¿Y si eliminamos la desgracia mediante el reparto? ..... | 316 |
| 4. ¿Por qué? El fundamento de cargar con aquello que nos toca (o las razones para la no transferencia) .....          | 319 |
| 5. El necesitado como “competente”: los dos momentos en que se configura ese <i>vínculo</i> con el peligro .....      | 323 |
| 6. Consecuencias de la competencia del necesitado .....                                                               | 330 |

**Capítulo XIV. Fundamento del estado de necesidad defensivo justificante y del estado de necesidad agresivo justificante .....** 335

**Quinta Parte. Dogmática de un estado de necesidad agresivo mínimo ..** 337

**Capítulo XV. Delimitación y descripción de un estado de necesidad agresivo mínimo** 339

|                                                                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Resultados de la aplicación de los principios de la autonomía individual y de la dignidad: un estado de necesidad agresivo mínimo y un estado de necesidad defensivo <i>crecido o engordado</i> .....          | 339 |
| 1.1. Manifestaciones del principio de responsabilidad durante el despliegue de la situación de necesidad .....                                                                                                    | 339 |
| 1.2. Manifestaciones del principio de dignidad durante el despliegue de las situaciones de necesidad .....                                                                                                        | 340 |
| 2. Condiciones a las que hemos supeditado la existencia del permiso subsidiario y excepcional, en forma de <i>derecho como facultad</i> (derecho mínimo), del necesitado en situación de necesidad agresiva ..... | 345 |
| 2.1. El requisito de la necesidad .....                                                                                                                                                                           | 345 |
| 2.1.1. La condición de la subsidiariedad, esto es que no exista un responsable por ese peligro que amenaza .....                                                                                                  | 346 |

|                                                                                                                                                                |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.1.2. Que, si existe un responsable <i>no sea posible</i> actuar<br>(reaccionar defensivamente) contra él .....                                               | 346        |
| 2.1.3. Que tampoco resulte exigible para el necesitado una defensa<br>en forma de reacción .....                                                               | 346        |
| 2.1.4. Que requiera previamente, si el posible, el consentimiento<br>del inocente .....                                                                        | 347        |
| 2.2. Que la diferencia de males sea esencial .....                                                                                                             | 347        |
| 2.3. Que no se superen los límites que imponen la autonomía y la dignidad<br>al ejercicio de la facultad de salvaguarda .....                                  | 347        |
| 2.4. Que, <i>posteriormente</i> , siempre se resarza el daño .....                                                                                             | 347        |
| <br>                                                                                                                                                           |            |
| <b>Capítulo XVI. Interpretación restrictiva de los elementos objetivos y subjetivos<br/>de la causa de justificación de estado de necesidad agresivo .....</b> | <b>351</b> |
| <br>                                                                                                                                                           |            |
| <b>1. Bienes o intereses que pueden ser defendidos y afectados en estado<br/>de necesidad: límites .....</b>                                                   | <b>351</b> |
| 1.1. Defensa de intereses en legítima defensa o en estado de necesidad<br>defensivo impuestos por los principios de autonomía y de dignidad) .....             | 353        |
| 1.2. Defensa de intereses en estado de necesidad agresivo y sus límites<br>impuestos por los principios de autonomía y de dignidad .....                       | 353        |
| 1.3. ¿Defensa de bienes colectivos en estado de necesidad? .....                                                                                               | 354        |
| <br>                                                                                                                                                           |            |
| <b>2. Los requisitos expresamente previstos en la fórmula del artículo<br/>34.3. del CPA .....</b>                                                             | <b>356</b> |
| <br>                                                                                                                                                           |            |
| <b>2.1. El (súper) requisito primero: la situación de necesidad .....</b>                                                                                      | <b>357</b> |
| 2.1.1. El requisito de la necesidad (o de la subsidiariedad) .....                                                                                             | 359        |
| 2.1.1.1. La cuestión <i>de la exigencia de “lo absoluto”</i> en la<br>situación de necesidad .....                                                             | 361        |

|                                                                                                                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.1.1.2. Idoneidad y su valoración .....                                                                                                                                                           | 362        |
| 2.1.1.3. Adecuación .....                                                                                                                                                                          | 364        |
| 2.1.1.4. La cuestión de la huida o de la elusión .....                                                                                                                                             | 367        |
| 2.1.1.4.1. La huida o la elusión no pueden ser un deber<br>jurídico en situaciones de necesidad .....                                                                                              | 367        |
| 2.1.1.4.2. Excepciones: o cuando la huida o la elusión<br>sí pueden constituirse en un deber .....                                                                                                 | 369        |
| <b>2.1.2. El concepto de mal .....</b>                                                                                                                                                             | <b>370</b> |
| <b>2.1.2.1 El mal que amenaza .....</b>                                                                                                                                                            | <b>373</b> |
| 2.1.2.1.1. Peligros provenientes de “naturaleza” .....                                                                                                                                             | 374        |
| 2.1.2.1.2. Peligros con origen en una persona. <i>Distinción:</i><br><i>sujetos responsables por el peligro; sujetos competentes</i><br><i>por el peligro y terceros inocentes. Remisión .....</i> | 376        |
| 2.1.2.2. Mal permanente (peligros duraderos) .....                                                                                                                                                 | 376        |
| 2.1.2.3. La miseria existencial y el hambre .....                                                                                                                                                  | 379        |
| 2.1.2.3.a. <i>El derecho inglés .....</i>                                                                                                                                                          | 381        |
| 2.1.2.3.b. La subsistencia: un derecho como pretensión .....                                                                                                                                       | 381        |
| 2.1.2.3.c. Análisis y propuesta .....                                                                                                                                                              | 385        |
| 2.1.2.4. El juicio de valoración sobre el peligro que amenaza .....                                                                                                                                | 391        |
| <b>2.1.3. El mal que se causa .....</b>                                                                                                                                                            | <b>391</b> |
| 2.1.3.1. La cuestión de la necesidad absoluta del mal que se causa                                                                                                                                 | 393        |
| 2.1.3.1.1. En estado de necesidad defensivo: necesidad<br>racional .....                                                                                                                           | 394        |
| 2.1.3.1.2. En estado de necesidad agresivo: necesidad<br>absoluta .....                                                                                                                            | 394        |
| 2.1.3.2. Valoración del mal que se causa .....                                                                                                                                                     | 395        |

|                                                                                                                                                                                                                                   |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.1.3.3. Supuestos de mal que se causa .....                                                                                                                                                                                      | 396        |
| 2.1.3.4. La cuestión de la llamada “imponderabilidad de la vida humana”: distinción .....                                                                                                                                         | 397        |
| <b>2.1.4. Límites al derecho de necesidad. Esbozo de una teoría general de los bienes personales ordenada por la autonomía y la dignidad .....</b>                                                                                | <b>400</b> |
| <i>2.1.4.1. Bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados ni aún mediando consentimiento .....</i>                                                                                                                | <i>400</i> |
| 2.1.4.1.1. En estructura de estado de necesidad agresivo .....                                                                                                                                                                    | 400        |
| 2.1.4.1.2. En estructura de legítima defensa y de estado de necesidad defensivo .....                                                                                                                                             | 400        |
| <i>2.1.4.2. Bienes de los que los individuos pueden ser privados sólo con su consentimiento .....</i>                                                                                                                             | <i>401</i> |
| 2.1.4.2.1. En estructura de estado de necesidad agresivo .....                                                                                                                                                                    | 401        |
| 2.1.4.2.2. En estructura de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo .....                                                                                                                                             | 403        |
| <i>2.1.4.3. Bienes de los que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento, en beneficio de otro o del conjunto de la sociedad, siempre y cuando se les procure una compensación adecuada por esa privación .....</i> | <i>404</i> |
| 2.1.4.3.1. En estructura de estado de necesidad agresivo ....                                                                                                                                                                     | 404        |
| 2.1.4.3.2. En estructura de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo .....                                                                                                                                             | 404        |
| <i>2.1.4.4. Categoría extraña: Bienes de los que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento y sin compensación, si se demuestra que su sacrificio es necesario y eficaz para preservar un bien mayor .....</i>      | <i>404</i> |
| <b>2.2. Requisito segundo: la ponderación de males .....</b>                                                                                                                                                                      | <b>405</b> |
| 2.2.1. Funciones y alcance del requisito .....                                                                                                                                                                                    | 405        |
| 2.2.2. Criterios y método del juicio de ponderación para la doctrina                                                                                                                                                              |            |

|                                                                                                |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| en general .....                                                                               | 406        |
| 2.2.3. Bases para una nueva propuesta .....                                                    | 409        |
| 2.2.3.1. Dos circunstancias que no pueden estar ausentes<br>en el juicio de ponderación .....  | 409        |
| 2.2.3.2. Propuesta .....                                                                       | 410        |
| 2.2.4. Excurso. Diálogo con Ticio: “Sobre el <i>talante</i><br>o la actitud del Derecho” ..... | 417        |
| 2.2.5. Una carta de Ticio .....                                                                | 420        |
| <b>2.3. Requisito tercero: el necesitado debe ser “extraño” al mal que amenaza .....</b>       | <b>421</b> |
| <b>2.4. Requisito cuarto: el elemento subjetivo: “por” .....</b>                               | <b>423</b> |
| <b>3.    Institutos y requisitos no previstos expresamente .....</b>                           | <b>425</b> |
| 3.1. Institutos no previstos: El auxilio necesario de terceros .....                           | 425        |
| 3.2. Requisitos no expresamente previstos, pero implícitos .....                               | 428        |
| 3.2.1 El deber de sacrificio .....                                                             | 428        |
| 3.2.2. La llamada “cláusula de adecuación” (remisión) .....                                    | 429        |
| <b>Conclusiones .....</b>                                                                      | <b>431</b> |
| <b>Bibliografía .....</b>                                                                      | <b>443</b> |

## Abreviaturas

|                          |                                                                     |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------|
| § .....                  | parágrafo                                                           |
| art. 34.2 .....          | artículo 34 inciso 2 del Código Penal argentino                     |
| art. 34.3 .....          | artículo 34 inciso 3 del Código Penal argentino                     |
| art. 34.4 .....          | artículo 34 inciso 4 del Código Penal argentino                     |
| art. 34.6 .....          | artículo 34 inciso 6 del Código Penal argentino                     |
| art. 34.7 .....          | artículo 34 inciso 7 del Código Penal argentino                     |
| ADCPC .....              | Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales                         |
| ap. (s) .....            | Apartado, apartados.                                                |
| art. (s) .....           | Artículo, artículos.                                                |
| BCCC .....               | Boletín de la CCC                                                   |
| BGB .....                | Código Civil alemán                                                 |
| BGH .....                | Tribunal Supremo Federal alemán                                     |
| BGHSt. ....              | Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán                       |
| BJ .....                 | Boletín de Jurisprudencia                                           |
| CABA .....               | Ciudad Autónoma de Buenos Aires.                                    |
| CAyT CABA.....           | Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA          |
| CCC .....                | Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal |
| CCC Fed. ....            | Cámara Criminal y Correccional Federal                              |
| CCyC .....               | Código Civil y Comercial argentino                                  |
| CE .....                 | Constitución Española                                               |
| CFCP .....               | Cámara Federal de Casación Penal argentina                          |
| C.N. ó CN .....          | Constitución Nacional Argentina                                     |
| CNCP .....               | Cámara Nacional de Casación Penal argentina                         |
| CP .....                 | Código Penal                                                        |
| CPA .....                | Código Penal argentino                                              |
| cfr. ....                | confrontar                                                          |
| coord. ....              | coordinador                                                         |
| CPC .....                | Cuadernos de Política Criminal                                      |
| CPCC .....               | Código Procesal Civil y Comercial                                   |
| CSJN .....               | Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina                    |
| dir. ....                | director/ dirigida por                                              |
| DP .....                 | Derecho Penal                                                       |
| DPA .....                | Derecho Penal Argentino                                             |
| DPPE .....               | Derecho Penal Parte Especial                                        |
| DPPG .....               | Derecho Penal Parte General                                         |
| Drae/DRAE .....          | Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.              |
| Ed. ....                 | Edición, editado por.                                               |
| Fallos .....             | Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina       |
| <i>Ibidem/ibid</i> ..... | mismo autor, misma obra, mismo lugar.                               |
| i.e. ....                | <i>id est</i> , esto es                                             |
| <i>infra</i> .....       | Debajo/ más adelante en el texto.                                   |

|                     |                                           |
|---------------------|-------------------------------------------|
| <i>in re</i> .....  | En el caso o en la cuestión.              |
| JA .....            | Revista Jurisprudencia Argentina          |
| LL .....            | Revista jurídica La Ley                   |
| loc. cit. ....      | <i>loco citato</i> (lugar citado)         |
| nro. (s) .....      | Número, números                           |
| op. cit. ....       | <i>opus citate</i> (obra citada)          |
| párr. ....          | párrafo                                   |
| <i>passim</i> ..... | en toda la obra                           |
| p. ej. ....         | por ejemplo                               |
| StGB .....          | Código Penal alemán                       |
| STC .....           | Sentencia del Tribunal Supremo español    |
| sum. ....           | sumario                                   |
| <i>supra</i> .....  | arriba/ más atrás en el texto.            |
| t. ó T. ....        | Tomo                                      |
| TC .....            | Tribunal Constitucional español           |
| tít. ....           | título                                    |
| TSJ CABA.....       | Tribunal Superior de Justicia de la CABA. |
| trad. ....          | Traducción, traductor                     |
| TS .....            | Tribunal Supremo español.                 |
| <i>vid.</i> .....   | ver, véase                                |
| VV. AA. ....        | varios autores                            |
| Vol., vol. ....     | volumen.                                  |



# El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal.

Here is where the tale begins. Come,  
And share my path to suffer, sorrow and pain.  
But on liberty, hope and faith  
In man's complex and precious nature  
I will also try to tell.

Would justice and virtue finally prevail,  
For personal and general sake  
As the optimist English states?  
'Nor thy should we trust', the gloomy German says...

I'll speak 'bout so called Rights to inflict pain to others  
(Even to the innocent one...). And so claimed 'Duties to sacrifice'  
Though when nothing is deserved...  
Need not to say this poor essay I so begin,  
Will be just another intent, not a promise to understand.

Hope the long-time effort,  
And my Master's endless patience  
Are worth enough. And let Lord make this piece  
Not just a simple tale told by an idiot,  
Full of sound and ignorance, and thus  
Meaning nothing.<sup>1</sup>

## Presentación, problemas y objetivos de este trabajo.

### I. Presentación.

Este trabajo no es, ni pretende ser, una teoría completa y acabada sobre la justificación penal por necesidad. Juzgo esa tarea acaso imposible y, por tanto, un esfuerzo inútil.<sup>2</sup> Dos

---

<sup>1</sup> La relectura de *Macbeth* en la playa viendo las olas incrustarse contra las rocas provocó (decir *inspiró* resultaría exagerado) estas audaces líneas. Acaso el contexto demandaba un resultado mejor. Será justo cargar todo el débito a mi cuenta pues absolutamente inocentes (irresponsables), declaro al insuperable drama y también al mar. (Quizá el ardiente sol...). El rey escocés y su mujer, como saben, son dos de los personajes más maléficos de la poblada galería shakespereana. Y el mal y el bien, temas centrales en la compleja temática que me dispongo a tratar. En mi texto, el inglés es Mill; el alemán, Kant. Volveré con Shakespeare, uno de mis preferidos, a lo largo de esta aventura. Pero prometo solemnemente aquí, hacerlo de su mano y no reincidir en otras herejías. Tres líneas, al final, algo modificadas (sospecho que para disimular el ejercicio temerario), sí que son de Macbeth:

"...It is a tale  
Told by an idiot, full of sound and fury,  
Signifying nothing" (V.v., 26-28).

<sup>2</sup> "No monolithic theory of anything, so diverse as criminal behaviour could be the hole story" (MURPHY, Jeffrie G., "Marxism and Retribution", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 2. No. 3 (Spring, 1973), 217-243. Aquí, 233.

obras fundamentales, con pretensiones y alcances distintos, me preceden. Ambas, sin duda, muy superiores a ésta en todo sentido. La de Francesc Baldó, en mi opinión y en la de muchos otros, la mejor que se ha escrito sobre estas cuestiones en castellano, constituye una muy completa fundamentación de las, desde entonces, *tres estructuras* en las que pueden dividirse las situaciones de necesidad justificantes: la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo, sobre la base de principios axiológicos de primer y de segundo orden (primarios y derivados). Creo que su objetivo está más que cumplido<sup>3</sup> y yo sólo puedo agradecer su trabajo (y el regalo de su amistad), y aprovechar lo que nos enseñó y lo que nos dejó. La más reciente de Javier Wilenmann, es aún más ambiciosa<sup>4</sup> y revela un esfuerzo conmovedor tanto en tiempo utilizado, como en fuentes trabajadas y en producción final (un libro complejo y enorme), pero que queda muy lejos tanto de mis elecciones filosófico-políticas como de mis posibilidades (y capacidades) físico-intelectuales.

Lo que aquí presento tiene una finalidad mucho más modesta y limitada. En primer lugar, sólo me ocuparé de las situaciones de necesidad individuales que dan lugar a la justificación de estado de necesidad agresivo, aunque las *referencias cruzadas* a las demás serán a veces inevitables, y otras indispensables. En segundo lugar, lo haré desde una perspectiva o desde una visión de las cosas y de la vida muy concretas (si algo puede serlo con esa extensión del término): esto es, desde una visión *liberal clásica* que es, lamento decir, una óptica poco popular (y casi revulsiva) para el actual estado de discusión de la dogmática penal en Latinoamérica y, en especial en mi país, la Argentina.

La razón, lejos de pretensiones de originalidad o de diferenciación (y aún, por lo que dije, con el augurio probable de cosechar más rechazos que elogios), es bien simple: soy

---

<sup>3</sup> BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, 38 a 40: "... encontrar una sistematización de las causas de justificación de validez general, coherente y armónica y con capacidad explicativa, mediante ideas rectoras de primer nivel (la autonomía y la solidaridad intersubjetiva) y de principios axiológicos u operativos de segundo nivel". Los principios axiológicos de segundo nivel derivados del criterio rector de la autonomía individual (separación de esferas organizativas autónomas) son: a) el principio de autodefinición de intereses propios; b) el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador y c) el principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros. En tanto, de la idea rectora de la solidaridad intersubjetiva (vinculación entre esferas organizativas autónomas) derivan: a) el principio de solidaridad mínima y b) el principio de solidaridad social intersubjetiva.

<sup>4</sup> WILENMANN, Javier, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017, 22 y 23. Dice: "... el presente estudio... trata de producir una *reconstrucción dogmática completa* de las causas de justificación derivadas de la necesidad que parece ser *inédita en el mundo de habla hispana*. Al tratarse de una reconstrucción sistemática, no se trata aquí de romper con el rigor analítico de Baldó, sino lograr producir ese mismo rigor pese a introducir las complejidades fundamentales que supone tanto la discusión sobre el fundamento del estado de necesidad agresivo como el desarrollo del estado de necesidad defensivo e incorporar todo ello en un *trabajo dogmático completo*, que tematice los requisitos y grupos de casos más relevantes que se presentan en cada situación". (Destacados míos).

liberal y -por ahora y durante toda mi vida, que ya está en su madurez- un liberal muy convencido. Y las teorías tradicionales que se ocupan de estas cuestiones no casan muy bien (o lo hacen decididamente mal), con una concepción liberal de las cosas. Así es que necesito dotar a mi argumentación de razones que sustenten mis más íntimas convicciones y, al mismo tiempo, ofrecer a los demás (si a alguno interesara) una visión posible y, a mi juicio, más racional y sobre todo más justa, de los problemas que me dispongo a tratar.

En términos muy elementales, los penalistas definimos al *delito* como una *acción que es típica, antijurídica y culpable*. Esto es, que para que una acción pueda ser considerada un delito, debe reunir las características de la tipicidad (la de estar previamente prevista y descripta de modo muy claro en la ley penal), de la antijuricidad (la de ser contraria al Derecho, esto es no estar justificada o permitida por el orden jurídico) y de la culpabilidad (que la acción típica y antijurídica pueda ser reprochada a su autor).

Las causas de justificación excluyen la segunda característica de una acción para que podamos considerarla un delito: la antijuricidad. Son, esencialmente, *permisos* de la ley para afectar típicamente, *para dañar*, a otro, es decir *autorizaciones* para actuar típicamente. Así, la acción típica no es antijurídica, si se mantiene dentro de la autorización que la causa de justificación le concede o reconoce.<sup>5</sup> Con ello, y según doctrina dominante, la característica fundamental de una causa de justificación es que excluye totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.<sup>6</sup> Y eso es así, porque el Derecho no puede prohibir en un lugar lo que permite en otro (principio de unidad del orden jurídico). Además, las causas de justificación, a diferencia de las excusas (que son causas que eliminan la culpabilidad), benefician a los partícipes (a aquellos que hacen algún aporte al autor pero, en todo caso, según doctrina también mayoritaria, para un hecho *no prohibido*), y eliminan la responsabilidad civil de su autor (no existe, en principio, razón para pretender o exigir la reparación de un daño que el Derecho permite o habilita).

Las causas de justificación por necesidad que los penalistas reconocemos son: la legítima defensa (un sujeto se defiende, reacciona, contra un ataque de otro), el estado de necesidad defensivo (un sujeto en peligro causa un mal al sujeto que, sin atacarlo, de algún

---

<sup>5</sup> Clásico, Mir Puig: “En el injusto (acción típica y antijurídica) se seleccionan aquellos *comportamientos humanos que el Derecho penal desea evitar y a cuya evitación es posible motivar de algún modo*. Todos estos hechos deben considerarse prohibidos en un Derecho penal preventivo. La culpabilidad es el ámbito en el que se comprueban las posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico por parte de la norma penal”. (MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2da. ed., Bosch, Barcelona, 1982, 107).

<sup>6</sup> Por todos, BACIGALUPO, Enrique, DPPG, 2da. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, § 49/678 y ss.

modo es responsable por el peligro) y el estado de necesidad agresivo (un sujeto en peligro logra salvarse del mal que lo amenaza con daño a un tercero).

Esta muy básica y simple descripción me ayuda a introducir la pregunta fundamental: ¿Y entonces: cuales son los problemas? Pues son varios, pero el principal es que, dentro de este panorama, *la causa de justificación de estado de necesidad agresivo* es, por definición, un permiso que la ley nos da para afectar, para dañar, a un *inocente*. En efecto, esta estructura que integra la tríada de las causas de justificación por necesidad, nos dice que una persona (o alguien que acude en su auxilio) para escapar de un mal (de un peligro) que a él le tocó, *puede dirigir su acción a causar otro mal* a un sujeto que nada tuvo que ver con el peligro que lo amenazaba (con el origen, con la existencia de ese peligro). Y en ese *permiso* del que hablo, se reconoce un *derecho*. Por eso es que ninguno- tampoco el inocente afectado por la acción de salvaguarda que el necesitado emprende para escapar del peligro-, puede oponerse a ella. Habrá que dejarlo hacer.<sup>7</sup> El inocente tiene *un deber de soportar ese daño* o, también como quizá mas expresivamente se lo llama: “*un deber de sacrificio*”. Tres ejemplos simples servirán para que se advierta el problema principal:

i) “*Eusebio* camina por el parque cuando un perro bravo encara su pierna para morderla. En lugar de enfrentarlo, se abalanza contra una viejita que pasa por ahí, le arranca su bastón y la lesiona levemente. *Eusebio* consigue ahuyentar al perro, pero la viejita y el bastón, quedan maltrechos”.

ii) “Se salva la vida de la futura madre pero al precio de la muerte prematura del feto”.<sup>8</sup>

iii) “El médico necesita con urgencia una sangre rara para transfundir a un paciente grave. Pregunta en la guardia del Hospital si alguno tiene esa sangre, y Benicio levanta la

---

<sup>7</sup> Ver, por todos, Donna: “toda causal de justificación concede un verdadero *derecho*. En base a esto se deduce que el titular del derecho puede hacerlo valer hasta el límite de la fuerza, si ello fuere necesario. Con lo cual quien se encuentre lesionado en sus intereses por la persona que ejerce el derecho, carece del derecho de defensa frente a quien tiene su acción justificada...”. (DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. 2, 132).

<sup>8</sup> WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, trad. de la 11ª. edición, 4ª. ed. en español, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2104, 148. Los supuestos de aborto eugenésico o terapéutico son de los casos paradigmáticos y más conflictivos del estado de necesidad justificante. Y han llevado a reconocer a la estructura del estado de necesidad defensivo justificante (penal y suprallegal) a partir de un caso del Supremo Alemán de 1927. Pero puede que el peligro que amenaza a la madre no provenga del feto, por lo que la cuestión de la permisión o no de la muerte de la persona por nacer se puede plantear tanto como un supuesto de estado de necesidad defensivo (reacción contra la fuente del peligro) como agresivo (ataque al inocente). En nuestro país existe previsión legal específica y una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por demás polémica. Aludiremos a la la cuestión en este trabajo.

mano. Tras una sutil seña del médico, dos enfermeros atrapan a Benicio y le quitan la sangre que se transfunde al paciente, salvándole la vida”.

Imperiosas, evidentes, aparecen las primeras preguntas: ¿qué es lo que nos da *derecho*, a las personas o a la sociedad (un *derecho* moral y jurídicamente aceptable), a *usar* a otro para escapar de un mal que a nosotros nos amenaza? ¿A otro que, además, es un absoluto inocente, es decir que no tiene culpa alguna por aquello que a nosotros nos pasa o por aquello que nos toca, o por aquello que a otro le pasa o que a otro le toca?

Más allá de los beneficios, *de la utilidad relativa* que pueda derivar de la acción de necesidad (los penalistas la llamamos *acción de salvamento* o *de salvaguarda* por el peligro), en términos individuales (para aquel a quien un peligro amenaza), o colectivos (para la sociedad en general), lo cierto es que del otro lado tenemos a una persona *que sufre* las consecuencias de esa acción. Y que tiene no sólo la legítima pretensión de que no se lo dañe, de que no se lo lastime o afecte de cualquier modo sino, también, de que se lo considere y respete en tanto *es persona*, es decir, un ser dotado de autonomía y, sobre todo, de dignidad.

Este permiso de la ley cuestiona – o se enfrenta directamente-, a los dos principios fundamentales del liberalismo clásico: la autonomía individual y la dignidad de la persona humana. *La justificación al uso del estado de necesidad agresivo constituye el paradigma del empleo, de la utilización de unas personas en beneficio de otras.* Y ello tanto en su versión histórica como en alguna de las más recientes. Es decir de la cosificación, de la negación del otro (del inocente), de su deshumanización. No es un tema menor, por cierto. Y el *uso de unos en beneficio de otros*, está reconocido de dos maneras distintas en nuestra ley -y aceptado pacíficamente en la doctrina de los autores- como un verdadero *derecho* para unos (los que se salvan) y como un verdadero *deber* para los otros (los que resultan *sacrificados*): como *deber pasivo de tolerancia* para el que sufre ese *ataque* a manos del necesitado (art. 34 inciso 3 del CPA), y como *deber activo de socorro* para quien encuentra a otro sujeto en peligro (art. 108 del CPA). De todos modos, realmente son escasas (¡o ninguna!), las voces que se han alzado hasta ahora en mi entorno para denunciar o tan siquiera para plantear esta cuestión del uso de unos (inocentes) en beneficio de otros (necesitados), con lo que me parece que va siendo hora de atenderla.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> La doctrina argentina menciona, muy al pasar, la cuestión y sin ponerle *nombres propios*. Es decir, se habla del daño que la acción necesaria causa a un *tercero*... Pero *el tercero*, en esta visión de las cosas, puede estar vinculado de algún modo al mal que amenaza (*y, por tanto, ¡no es un tercero!*) o ser un absoluto extraño a la generación tanto del peligro, cuanto de la situación de necesidad (el único al que podemos llamar *tercero*: el

Si me preguntan con quien discuto, quienes son mis contrincantes naturales, fácil será decir que el primero es quien da fundamento a la teoría justificatoria de la intervención lesiva en la esfera de la libertad ajena asaz más dañina y más extendida en la doctrina: el *utilitarismo* de Jeremías Bentham, paradójicamente un liberal (pero un liberal utilitarista, que no quiere decir un liberal sin más...). De todos modos, no creo que únicamente la idea de *la maximización del bienestar general* resulte la única *razón* de la desconsideración, del destrato y de la utilización instrumental de la persona humana. También lo son, por ejemplo, la irracionalidad y las recurrentes utopías socializantes o igualitarias (a veces de la mano, también, de autodenominados *liberales*, lo que hace la cuestión todavía más extraña y sorprendente).

A fin de que guíen mi camino, y que me permitan recorrerlo sobre *suelo firme*, recurriré a dos referentes del liberalismo clásico: John Stuart Mill e Immanuel Kant. Puede parecer, ya de entrada, una muy mala elección. No por los nombres, claro (ambos innegables estandartes del liberalismo), sino porque muchos los consideran antagonistas irreconciliables en sus posiciones. Yo creo, humildemente, que en absoluto lo son. Mill no es, ni mucho menos, un “utilitarista puro” (tal como se afirma o postula) y sí, sin dudas, “el gran liberal moderno”. Y Kant el padre no sólo de la libertad en contra de aquello que más me rebela (“no me utilices, no me instrumentalices”... “es que, ¡no soy una cosa!”), sino de la búsqueda de aquello que más me interesa: de la buena voluntad (o de la *voluntad buena*), de la justicia como deber primario de los hombres y, sobre todo, de la *dignidad, nacida de la idea de la libertad*, de todos y cada uno de aquellos seres únicos e irrepetibles que portamos la condición de *persona*. Intentaré conciliar (o mostrar cómo pueden conciliarse), las doctrinas de estos dos padres de la filosofía o de la ideología liberal. Pero por cierto que sólo en el limitado espacio que aquí me ocupa y que referí: la complejísima tarea de explicar la institución del estado de necesidad agresivo, caracterizada por el uso de unos en beneficio de otros, desde una visión liberalmente conforme, es decir con respeto al ideal de justicia y a los principios liminares de la autonomía individual y de la dignidad de la persona humana.

El estado de necesidad justificante agresivo es, para decirlo más claro -si puedo-, una construcción francamente extraña, muy irregular e incómoda para un liberal. Un sujeto en peligro se salva “*a costa*” de un inocente. Así, sólo existen dos modos de lidiar con ella: a)

---

inocente). Donna, por ejemplo, nos dice: “es claro que con la acción del autor se lesionan bienes jurídicos de *terceros* y que, al contrario de la legítima defensa, en virtud del principio de ponderación, la norma que los protege retrocede frente a la acción del sujeto que actúa con permiso”. DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, t. 2, 157).

desaparecerla; ó b) limitarla. Como lo primero resulta posible pero sólo como un ejercicio, seguramente mucho más simple que el que aquí comienzo, pero exclusivamente teórico (la ley y la realidad nos imponen esos “sacrificios”), he elegido lo segundo. *Así, intentaré limitar, lo más que pueda, el estado de necesidad agresivo* (siempre con respeto a los principios de la autonomía individual y de la dignidad). Es decir procuraré reducir la posibilidad de utilizar a un inocente en beneficio de otro (o de los otros) en situaciones de necesidad justificante por colisión de intereses derivados de conflictos interpersonales.<sup>10</sup> Algunos encontrarán esta limitación todavía insuficiente. A otros, podrá parecerles excesiva. Yo sólo pretendo que se la entienda o encuentre suficientemente fundamentada, razonable, liberalmente conforme y, sobre todo, justa.

Finalmente, quiero decir que lo intentaré con un lenguaje llano y claro, tal como si lo hiciera para uno de mis estudiantes y, ojalá, para alguna de mis hijas (que quizá y sólo por motivos de amor, sean de las pocas que lean esto). Seré lo más breve y directo posible. Introduciré todos los ejemplos que pueda y procuraré dar razones sobre cada una de las afirmaciones que haga. Además, como recurso retórico y muy inusual en un trabajo de tesis doctoral, utilizaré, de tanto en tanto, la figura de un contradictor insistente e implacable. Se trata de *Ticio*, al que ya conocerán. El peligro de que el Tribunal considere a este recurso inadecuado o impertinente, me obliga a justificarlo. Diré, para ello, que los *diálogos* con mi amigo Ticio me han permitido presentar los temas y problemas de una manera menos solemne y quizá, eso es lo que pretendo, más clara. A veces introduciéndome a ellos; otras en el medio de la elaboración de alguna de las varias y difíciles cuestiones que trato.

Esta no es una tesis enciclopédica (no puedo encarar eso). Es una tesis de autor. Daré mi opinión a partir de los temas cuyo estado de discusión habré previamente evaluado e informado, intentando ser fiel a aquellos más representativos en cada cuestión sometida a examen. Y en esa selección, claro, pude haber errado o sido injusto. Pido disculpas por ello y, también, por todo lo demás.

Y, con provecho de la rima, aquí voy sin más.

Introduciré a Ustedes, de inmediato, a nuestro protagonista principal, la regla del estado de necesidad justificante tal como se la legisla en nuestro país. Informaré luego, brevemente, acerca de la génesis de la figura, de su evolución y de la interpretación corriente

---

<sup>10</sup> No trataré, tampoco, la situación de necesidad derivada de conflicto de deberes. Para ello, véase COCA VILA, Ivó, *La Colisión de deberes en Derecho Penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016.

en la doctrina nacional. Me referiré después a los problemas que enfrentamos a la luz “de lo que tenemos” y a algunas de las posturas que enfrento y que aparecen en las antípodas de mi propuesta. Terminaré esta Presentación con la descripción de mis tesis y de mi plan de trabajo. Empecemos ya.



## II. El estado de necesidad agresivo en el Derecho argentino.

### 1. Regulación legal: génesis y evolución.

*Código Penal Argentino*

“Artículo 34: no son punibles: ...

3. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”

El primer esfuerzo de Codificación penal de la Argentina fue el *Código Tejedor*.<sup>11</sup> Se lo criticó, fundamentalmente, por ser excesivamente riguroso (*inelástico*, ya que establecía penas fijas que podían resultar muy injustas). Pero, de todos modos, y aún sin sanción por el Congreso de la Nación, fue adoptado por casi todas las Provincias y resultó la base fundamental de nuestro primer Código Penal, el de 1886, que rigió casi cuarenta años, hasta 1922.<sup>12</sup>

La eximente bajo estudio prevista por Carlos Tejedor era muy limitada. Sólo se refería a los daños en la propiedad ajena, y decía así:

---

<sup>11</sup> Ley 36 del 6 de junio de 1863, ver MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomassi, Buenos Aires, 1923, T. I, 54. Nuestra Constitución Nacional de 1853 encomendó al Congreso Nacional dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería (Artículo 64 inciso 11 de la C.N.; luego 67 inciso 11 y actualmente el 75 inciso 11 C.N.). Pero hubo que esperar diez años para que se encarara la tarea, una vez constituida la unión nacional. El Dr. Carlos Tejedor, catedrático de la Universidad de Buenos Aires, elaboró el primer proyecto de Código penal Argentino. Presentó su “Parte General” el 30 de diciembre de 1865 y la “Parte Especial” en 1867. El Código Tejedor fue un esfuerzo monumental que tuvo como referencia principal al Código de Baviera de Anselm Von Feurbach de 1813 que influyó mucho, sobre todo en su Parte General. También se reconoce el aporte de doctrina francesa, especialmente a través de Chaveau, y de la española, en especial a través de los Comentarios de Pacheco (ver NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, T. I Lerner, Córdoba, 2ª reimpresión, 1987, 66). Nuestro primer antecedente legislativo exhibía, ya entonces, una impronta liberal. Por ejemplo, empieza el tratamiento de la Parte Especial con los delitos contra la vida, a diferencia de aquellos inspirados en la legislación Napoleónica que lo hacían con los delitos contra el Estado.

<sup>12</sup> *Proyecto de Código Penal para la República Argentina, trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Doctor Don Carlos Tejedor*, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1866. El Proyecto no fue sancionado por el Congreso Nacional para toda la República, aunque sí en muchas de las Provincias Argentinas en virtud de la autorización que les confirió el art. 108 de la C.N. de 1853 para dictar su propio Código Penal hasta que el Congreso Nacional lo sancionara para todo el país. Estuvo vigente en Buenos Aires, Capital Federal (ley orgánica de los Tribunales Nacionales N° 1144 del 15.12.1881); Entre Ríos (ley del 4.4.1878); Corrientes (ley del 16.11.1878); San Luis (ley del 21.11.1878), Catamarca (ley del 9.12.1878); Santa Fe (ley del 20.9.1880); Salta (ley del 12.11.1880) y Tucumán (ley del 30.5.1881) (ver NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 68 y 69). También fue adoptado por la República del Paraguay.

*Artículo sexto (sic): De las causas que eximen de pena: ... inciso 2: “El que en la propiedad ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo, y no pueda emplear otro menos perjudicial”<sup>13</sup>*

Tejedor ilustró esta fórmula de su Proyecto con las fuentes españolas (partió de la del Código español de 1848, art. 8º inc. 7<sup>14</sup>) y, especialmente, con los comentarios de Pacheco, de quien tomó dos ejemplos de interés que cita en su nota. El primero de los casos se refiere a un supuesto de *echazón* en el mar que da lugar a la *avería gruesa*, una institución del Derecho Marítimo: “*Vamos embarcados, por ejemplo, dice Pacheco. El buque lleva una carga superior a su resistencia actual, porque ha recibido averías en el curso de la navegación. No bastan las bombas para aligerarle y hacerle andar. El peligro es inminente sin que haya otro remedio de conjurarlo que el de disminuir de cualquier modo la carga. Pues bien, nosotros nos dirigimos a ésta, que es propiedad ajena, nos apoderamos de una parte o de lo que ésta forme, y la lanzamos en el mar. Hemos causado un mal en los bienes de otro, y sin embargo este artículo, de acuerdo con la razón, nos declara absoluta y completamente irresponsables*”.<sup>15</sup>

Aunque dedicaré alguna atención a lo largo del trabajo a estos “casos del mar”, paradigmáticos en la discusión del estado de necesidad, algunos comentarios me parecen ya pertinentes. Y ello porque, *los casos del mar*, no resultan, para nada, supuestos comunes u ordinarios de necesidad agresiva. *El primero*, menor, es que según las reglas del mar, y en casos de *echazón*, no puedo ser “yo” quien la decide, sino el capitán del barco. *El segundo*, es

---

<sup>13</sup> Código Tejedor, Parte Primera, Libro Segundo, Título 3º (“De las causas que eximen de pena”), artículo sexto (sic), inciso 2º.

<sup>14</sup> Código español de 1848 (art. 8 inciso 7º) en fórmula que se repite en el Código de 1870 y que decía: “*el que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera: Realidad del mal que se trata de evitar: Segunda: Que sea mayor que el causado para evitarlo; Tercera: que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo*”.

<sup>15</sup> Conforme el artículo 403 de la ley 20.094, Ley de la Navegación, se rige por el Convenio de Nueva York-Amberes de 1950. La regla general es que aquellos gastos o daños surgidos normalmente de la navegación deben ser soportados por el dueño del buque (*casus*). La *avería común* o *gruesa*, en cambio, “son aquellas pérdidas extraordinarias, daños o gastos, que afectan a la comunidad navegante y que se reparten entre todos los titulares de los bienes que la integran (buque, flete y carga), si fueron realizados razonable y voluntariamente por el capitán, ante el peligro para la salvación o seguridad comunes”. La *echazón*, el ejemplo de Pacheco, es el supuesto clásico (pero no el único), que da lugar a este instituto (otros, el fuego a bordo, el encallamiento voluntario para salvar al buque y a la tripulación etc). Así, *la regla* acerca de quién es el que debe soportar el sacrificio en el caso de la *avería gruesa* es la de la *solidaridad o comunidad* entre titular del buque, fletero y dueño de la carga. Esa partición equitativa y solidaria se funda en la idea de que todos comparten una comunidad de peligro en la aventura de la navegación y, por lo tanto, deben asumir sus costos. Ello, claro, en la medida de que el acto voluntario del capitán que causa el daño esté justificado en el peligro que amenaza (que será valorado por él) y en la necesidad de salvar la nave (y, sobre todo, a su tripulación). Ver Reglas A y B del Convenio de York y Amberes, 1950 y 1974 y SIMONE, Osvaldo Blas, *Compendio de Derecho de la Navegación*, 2d. Ed, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996, 502-503.

que ya en la época de Pacheco, no era “la razón” o “el sentido común” lo que nos exculpaba, sino, más bien, la idea de que la actividad de la navegación importaba *la asunción voluntaria y calculada de un riesgo considerable* (y antes, muchísimo más que ahora). Por lo tanto, ya en el acto de decidir libremente emprender esa actividad de riesgo, existía una verdadera *asunción del peligro que los riesgos suponían* y, asimismo, la de *repartirlos* o la de distribuirlos entre todos los involucrados en la empresa (propietario del buque, propietario de la carga y comprador). *Tercero*, que cuando justificamos al capitán, no lo hacemos “porque la razón nos lo impone”. Lo hacemos o por algún argumento vinculado a criterios *axiológicos* (es decir orientados a principios) que señalan un valor distinto entre los bienes o intereses involucrados (“la vida humana está antes que las cosas”) o consecuencialista o utilitarista (preferimos, o el conjunto prefiere, perder “algo” a perderlo “todo”). O lo hacemos inspirados en decisiones *deontológicas*, es decir vinculadas a la existencia de derechos y de deberes en cabeza de todos y de cada uno de los participantes *voluntarios* de la aventura en cuestión. Tampoco la sola existencia de la regla “dará razón” al derecho del capitán y al deber de soportar de los demás (es decir de *todos* aquellos que sufren el daño).<sup>16</sup> Adviértase que ni la viejita de la plaza, ni la persona por nacer en la panza de la madre, ni Benicio que levanta la mano en la guardia, “son participantes voluntarios de aventura alguna”.

El segundo de los ejemplos dice así: “*Se ha pegado fuego a un bosque que linda con nuestras heredades, a una casa que está cerca de nuestra casa. No tenemos medio de apagar el fuego que se extiende, que amenaza invadir nuestra propiedad. El único medio es talar los árboles del vecino, echar por tierra la casa intermedia. Lo hacemos. Dañamos sin duda a otro en sus bienes y le causamos un mal que en otra circunstancia constituiría por nuestra parte un delito. Aquí sin embargo no lo es, y no tenemos por ello culpabilidad alguna. Exímenos la ley como nos había eximido la razón. La defensa de lo nuestro nos ha guiado, o bien la defensa de los del mayor número, la defensa de la sociedad, la defensa de legítimos y respetables intereses (Pacheco I p. 162)*”. Aquí tenemos a una casa y a sus árboles ya prácticamente condenados por el fuego y a un vecino que, para salvar la propia y la de otros en la villa, derriba esa propiedad. Un caso muy especial también de necesidad y que actualmente, identificamos como supuestos de “comunidad de peligro”, para ser más precisos,

---

<sup>16</sup> Quien sufre el daño no será solamente el titular de la carga porque, como acabamos de ver, la responsabilidad es solidaria. El capitán debe declarar el “incidente de avería gruesa” y seguir un procedimiento que indica la manera, (más bien el orden), en que deberá disponer de la carga antes de arrojarla. Las particularidades que distinguen a la avería gruesa de un supuesto de necesidad agresiva común son: la existencia de un contrato, la decisión voluntaria de emprender una empresa riesgosa y el reparto ya previamente acordado del daño entre todos los involucrados en esa empresa.

de “comunidad de peligro asimétrica”. Casos que, según creo, tienen reglas especiales y soluciones diferenciadas.<sup>17</sup> Un mismo mal, un mismo peligro (el fuego) amenaza a todos. A uno que “no está”, pero que es titular de la propiedad que se quema (un sujeto que ya aparece con su bien *marcado* por el destino), y también a sus vecinos. Y el mal común -que amenaza a todos-, es enfrentado por uno de los vecinos que sí está presente y que puede, si actúa (derribando los árboles y la casa del vecino que no está) salvar lo propio y, de paso, salvar a algunos más.

Así, en Tejedor *es la razón* (más bien, *el sentido común*) aquello que nos exime de responsabilidad, “*antes mismo que la ley...*”. La necesidad aparece como la *ley natural*, y la ley escrita sólo declara, o más bien confirma, aquello que ya la razón hacía *evidente*. Y tenemos ya muy presentes en estos casos, consideraciones de utilidad personal o social (“*la defensa de lo nuestro*” ... “*o la del mayor número es lo que nos ha guiado*”) o mejor, de “*defensa social*” (“la defensa de la sociedad”), discurso extendido en la época de codificación y que influye también en nuestro Código penal (todavía vigente) de 1921. Se trata, además, en los ejemplos (reitero, que no son, para nada, supuestos comunes), de dos situaciones en las que el mal proviene de una fuente natural (de la tempestad que produjo las averías y emergencias en el barco; del fuego que amenaza la casa propia y las vecinas), *que no permiten otra alternativa* más que la salida heroica (la de perecer todos en el naufragio) o una

---

<sup>17</sup> No trataré en este trabajo el complejo problema de las comunidades de peligro. Ello porque no se trata de casos de necesidad agresiva (que es la cuestión que me ocupa), y tampoco siquiera supuestos habituales de necesidad. Son situaciones en los que todos los integrantes de esa comunidad comparten un *peligro común* y que, la mayoría de las veces, además es vital. Algunos aparecen en el angustioso trance menos favorecidos que otros por puro azar o por propia responsabilidad. Es decir, tienen menos posibilidades de salvarse que los demás. Es el caso del alpinista que queda último en la soga de la que cuelgan tres, y que sólo puede soportar el peso de uno o, a lo sumo, de dos. También el del joven grumete Parker, en el histórico caso Regina vs. Dudley & Stevens (1884, 14 QDB, 273), en el que cuatro sobrevivientes del naufragio del pequeño velero (La Mignonette) están al borde de la extenuación luego de veinte días de sobrevivencia en un bote sin agua y sin comida. De los cuatro, Parker es el que está en peores condiciones porque, desoyendo la advertencia de los demás, ha bebido “veneno del mar” (agua salada) y parece muy próximo a perecer. Dudley, el capitán, lo mata con un pequeño cuchillo y todos se alimentan de su cuerpo y de su sangre hasta que un barco los rescata. A este grupo de casos, en los que todos están amenazados por un mismo peligro pero no todos están en iguales condiciones de salvarse, se los denomina en doctrina “*comunidades de peligro asimétricas*”. En cambio, cuando todos los amenazados por el peligro común tienen las mismas posibilidades de supervivencia los penalistas hablamos de “*comunidades de peligro simétricas*”. Así, por ejemplo, quizá el más famoso de la historia, el de la tabla de Carneades que cuenta Cicerón, en la versión (se presentan varias) en la que ambos naufragos tienen iguales posibilidades de salvación pero sólo una tabla a la cual aferrarse y que únicamente puede soportar el peso de uno (*tabula unius capax*). O el de cuatro sujetos que van en un globo que sufre un desperfecto técnico y que sólo resulta posible salvar si se arroja a uno de los ocupantes al vacío... Se lo elige por sorteo y se lo lanza cerca de un espacio que le augura alguna posibilidad de sobrevivir a la caída. Pero el pánico y la lucha previa lo hacen caer mal y se desnuda. (SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho Penal, Parte General* (con la colaboración de Günther Stratenwerth y de Patricia Ziffer), 3ra. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 578). Lo que básicamente distingue, en mi opinión, a los casos de *comunidad de peligro* de las situaciones de necesidad agresiva es que, en los primeros, todos los amenazados por el peligro encaran una aventura que conlleva algún riesgo y que *aceptan* correr. El inocente afectado en estado de necesidad agresiva, no.

quizá menos honrosa pero del todo inútil (permanecer impasible ante la extensión del incendio). Por último, son casos en los que la comparación tanto de los bienes o intereses jurídicos como de los males en juego (que no es lo mismo), resulta evidentemente favorable a la opción que se elige (lesión de la vida y lesión de la propiedad de muchos *versus* propiedad ajena) y lesión a la propiedad de uno (sus árboles y su casa) *versus* lesión a la propiedad de muchos (la casa propia y las vecinas).<sup>18</sup>

Luego sigue la nota con los requisitos de la eximente: “**Mal efectivo, etc.-** *No basta por consiguiente, continúa Pacheco, que el mal sea posible: no basta que se le vea lejano; es menester que exista, es menester que nos amague próximo, inminente. Aunque haya comenzado la tormenta no es permitido arrojar el cargamento al agua, en tanto que el buque se conserve bien, que obedece a la maniobra, que el agua no le invade incesante e irreversible. La necesidad que es la ley y la absolución de tales casos, no ha presentado todavía su tremendo aspecto, la razón no puede invocarla como un hecho conocido e inconcuso.*” Sigue Tejedor la cita de Pacheco:

*“No sucede lo mismo con las otras dos circunstancias que demanda la ley. Éstas pueden dar lugar, han de dar lugar ordinariamente, a mayores dudas, y sin embargo la ley no puede menos de demandarlas; porque no cabe el que la razón prescindiera de ellas para resolver tan delicadas cuestiones. La razón no puede encontrar justo que se cause un mal de gran tamaño, para impedir otro que sea menor. La razón no puede permitir que se acuda a estos aventurados remedios, en tanto que existan otros posibles, menos aventurados, menos perjudiciales. En el primer caso, falta la utilidad. En el segundo, la necesidad de lo que como recurso se intenta. En uno y otro es ilegítimo, y no exime de responder de la obra (Pacheco T.I p. 162)”*. Se refiere aquí Pacheco al requisito de la ponderación de males y niega la justificación, el permiso, en el caso inverso. Nuestra guía, “la razón”, no puede encontrar justo que se cause un mal muuy mayor (“de gran tamaño...”) en comparación con aquel que se

---

<sup>18</sup> Hugo Grocio, en 1625, utilizaba estos mismos ejemplos del mar y de incendios cuando trata acerca de “qué derecho compete comúnmente a los hombres sobre aquellas cosas que ya fueron hechas propias de algunos...”. Dice: ...“2. De ahí se sigue, primeramente, que en la necesidad gravísima revive aquel primitivo derecho de usar las cosas, como si quedasen comunes; porque en todas las leyes humanas, y, por consiguiente, también en la ley de dominio, parece exceptuada aquella suma necesidad... 3. De ahí aquello que, si en una travesía por mar se acabasen los víveres que cada uno llevó, deben distribuirse de común. Y así, por causa de defender lo mío, puedo destruir el edificio del vecino, si surge de él un incendio, y cortar las cuerdas y las redes contra las cuales ha sido arrojada mi nave, si de otra manera no se puede desenredar. Todo lo cual no ha sido introducido sino expresado por la ley civil. (GROCIO, Hugo, *El Derecho de la Guerra y de la Paz*, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Reus, Madrid, 1925, T. I, Libro primero, Capítulo IV, número IV, 292-293).

evita.<sup>19</sup> Y, por último, alude al requisito de la necesidad (que en rigor integra el requisito básico de la eximente, la existencia de una *situación de necesidad*) y concluye, con acierto, que sin necesidad, es decir, con alternativas a la mano, la acción no puede resultar justa.

La fórmula, aunque aparece gramaticalmente más condensada que la española de entonces y también muy limitada<sup>20</sup>, resulta muy expresiva, y el autor no deja dudas en sus notas, de que lo que otorga es un permiso, *una previsión que convierte en justo, en legítimo por la ley, aquello que, antes, la razón demanda*. Y la razón viene a demandarlo por razones objetivas: *se mira a los bienes en juego* y se exime de pena (en rigor, se justifica) *por el criterio objetivo del mayor interés que el Derecho tiene por el bien que el autor defiende*. Así, nuestra ley “acepta de manera muy clara que dicho estado representa una causa objetiva de justificación”, es decir un permiso para salvar aquel bien o interés más valioso a costa de los menos valiosos.<sup>21</sup> Acaso sea por eso que nunca se discutió en la Argentina sobre el carácter justificante del estado de necesidad del artículo 34 inciso 3 (en adelante art. 34.3). Las razones están en la historia “así contada”. Nunca se pensó en otra cosa que en justificar, que en reconocer allí donde se salva un interés mayor con sacrificio de uno menor, un *permiso* legal, bajo el paraguas protector de la más poderosa de las razones: el “sentido común” que, en rigor, traducía o expresaba el principio del interés preponderante o del mal menor.<sup>22</sup> Claro que, con esa redacción tan limitada (a cosas), y con estos ejemplos, las respuestas parecen más sencillas.

El Proyecto Tejedor fue mandado a revisar. La primera de esas revisiones fue la del Proyecto de 1881, y la llevó adelante una Comisión que, tras distintas integraciones, quedó conformada por Justo Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García.<sup>23</sup>

Es en este Proyecto donde aparece la fórmula de nuestro actual art. 34.3 y que se mantiene, sin cambios, hasta hoy.

Dice el art. 93 inciso 4 del Proyecto de 1881:

---

<sup>19</sup> Interesante resulta ver que esa diferencia comparativa sustancial entre males, advertida y ponderada por nuestro primer legislador, ha desaparecido de la escena en los textos que lo sucedieron, aunque utilizan los mismos ejemplos...

<sup>20</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 317 y nota 103.

<sup>21</sup> Por todos, NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 318 y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1981, III, 625.

<sup>22</sup> Lo destaca también Wilenmann “... la dogmática hispano-hablante, parece más bien resaltar el carácter evidente de la justificación de estado de necesidad” (WILENMANN, *La Justificación...*, 31, nota 13).

<sup>23</sup> *Proyecto de Código Penal, presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el Proyecto del Dr. D. Carlos Tejedor*, Imprenta El Nacional, Buenos Aires, 1881.

“Artículo 93. Están exentos de responsabilidad criminal.... 4. El que causa un mal por evitar otro mayor á que ha sido extraño...”

La visible ampliación del alcance de la eximente resulta tan sorprendente y tan sorprendente como también su falta de explicación; que se extraña (mucho), porque es la fórmula que nos ha quedado hasta hoy. Como se ve, ya no tenemos limitaciones en el tipo de los bienes que pueden *competir* en esa situación de conflicto. En la Exposición de Motivos, los proyectistas nada dicen sobre este inciso.<sup>24</sup> Sí sabemos, por un lado, que la disposición se originó en el § 1 del Código Imperial de Brasil<sup>25</sup> y, por el otro, que los antecedentes principales que inspiraron el P. de 1881 fueron ahora dos: el Código Bávaro de 1813 (de Feuerbach) y también el Código Penal español que ya tenía su tradición y su rodaje (Código de 1822, modificado en 1848 y 1870).

Pero Feuerbach, autor del Código de Baviera de 1813, sólo consideraba a la *necesidad* para la defensa necesaria (como justificación) o como una circunstancia que excluía la pena en situaciones muy limitadas.<sup>26</sup> Y la legislación española de entonces todavía lidiaba con una eximente mucho más restringida que la que ahora presentábamos los argentinos. El Código Español de 1822 ni siquiera la trató como una eximente de responsabilidad penal sino que le otorgó una relevancia tan sólo atenuante a “*la necesidad justificada del reo de alimentarse, o de vestirse o de alimentar o de vestir a su familia en circunstancias calamitosas o que por*

---

<sup>24</sup> Sólo dan cuenta de los varios antecedentes que han tenido en cuenta para redactar el título de las eximentes penales, que fueron los de Chile (art. 10), el de Bélgica (artículo 72), el de España (art. 8), el de Parma (artículo 64), el Sardo (artículo 94), el de Venezuela (artículo 19) y los de Austria y Dinamarca.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar Buenos Aires, 1981, T. III, 623.

<sup>26</sup> Art. 121: Por los mismos fundamentos, un hecho carecerá de pena: ... vii) si alguien por invencible fuerza física o; viii) por amenazas que estuviesen ligadas a un peligro actual e inevitable para la vida, estuviere precisado a una acción de otro modo no punible, y, finalmente, en general; ix) cuando el hecho hubiese sido resuelto y ejecutado en cualquier turbación inculpable del sentido o del entendimiento, en que el autor no haya sido consciente de su acción o de su punibilidad. (V. FEUERBACH, Anselm, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 14ª Ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires. 1989, 412). Explica Feuerbach que excluyen la imputación todos los estados de ánimo no culpables en los que la posibilidad de consciencia de la punibilidad (la representación de la ley y de sus consecuencias) quede excluida... (entre otros): i) sea que el hecho haya sido cometido en estado de tribulación presente para el que la resistencia humana no estuviese normalmente desarrollada, siendo el único medio de alejarlo (por ejemplo el hurto de alimentos, en un caso de estado de necesidad por hambre, en que la angustia por el hambre de la mujer y de los niños, equivale al propio sufrimiento físico; ii) en un peligro actual e inminente para la vida o para otro bien personal irremplazable, como único medio de salvación, sea que la persona se encuentre en este peligro por mero accidente (necesidad por incendio, inundación, etc.), o por la coerción antijurídica de otro (amenaza de hecho, *vis compulsiva*) (V. FEUERBACH, *Tratado...*, 104 y 105).

*medio de un trabajo honesto no hubiese podido adquirir lo necesario”, y siempre que se tratara de un delito cometido por primera vez.*<sup>27</sup>

La discusión parlamentaria que precedió a la sanción del Código Penal de 1886, comentada por Moreno en su obra, es suficientemente expresiva de la situación que existía entonces. Puestos a elegir cual de los Proyectos tratar, si el de Tejedor o del de 1881, la Comisión de Diputados decidió, por unanimidad, que sería el primero. Básicamente por razones prácticas: el Código Tejedor estaba, de hecho, “vigente en toda la República por sanción de las legislaturas provinciales”. Pero también porque a la Comisión, sencillamente, no le gustó nada el Proyecto de 1881: “*no tiene unidad, carece de filosofía y encierra confusiones, y porque toma como base a dos Códigos (el Bávaro y el Español) que tienen razas, tradición y costumbres distintas*”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El estado de necesidad en Derecho Español*, tesina para obtener el título de licenciado en Derecho (inérita), 2: “Recién fue el Código Español de 1848-1850 quien introdujo al estado de necesidad como eximente de responsabilidad criminal, aunque sin darle nombre, en el art. 8 inc. 7 pero también con un alcance distinto al nuestro. La fórmula española, vigente hasta el Código Penal de 1870, era muy estrecha, y lo reducía al conflicto de bienes en que la propiedad se sacrifica pero sin excluir la responsabilidad en caso de mal o muerte de personas”. Dice Nuñez: “los Códigos argentinos amplían la justificación por necesidad a toda clase de bienes” (NUÑEZ, *Tratado...*, I. 315). En rigor, hacen bastante más: hablan de *males...*

<sup>28</sup> MORENO, 70 y 71: “De todos modos, al Proyecto Tejedor se le hicieron grandes cambios. Se suprimieron penas (la de muerte, la de retractación y la de confinamiento), se hicieron *más elásticas* dejando de lado las penas fijas, se suprimió todo lo relativo a la reparación civil (que se deja librado a aquella ley), se computó la prisión preventiva como parte de la pena, se suprimió la pena contra el suicidio, entre otras. La Comisión de Códigos de Diputados despachó un dictamen en el que no se reflejaban las muchas reformas introducidas... ‘por falta de tiempo’. En efecto, el despacho de la Comisión de Códigos, firmado por los diputados Gil, Posse, Demaría, Solveyra y Gómez, tenía cuatro artículos. El primero declaraba en vigencia el proyecto Tejedor con las modificaciones introducidas por la Comisión... Llama desde luego la atención, que no se presentara la planilla de reformas y que la Comisión declarase en su brevísimo informe escrito, que por falta de tiempo no se acompañaba.”

Y, claro, los legisladores protestaron porque no querían sancionar una ley “sin conocer las modificaciones que se le hicieron al Proyecto y sin contar con explicaciones más que verbales de los miembros informantes”. Uno de los miembros de la Comisión, el diputado Solveyra, contestó que reformar un Código resultaba una tarea ardua y pesada... y que “... la Comisión no tiene la creencia de haber hecho una obra perfecta, pero que es preciso que el Congreso, cumpliendo la Constitución, dote a la República de un Código que pueda irse perfeccionando paulatinamente a medida que su aplicación vaya exhibiendo sus errores” (Ver Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1885, sesión del 23 de octubre y MORENO, 70 y nota 1). El Ministro de Justicia, Dr. Posse, fue llamado entonces al recinto. Y su contundente discurso despejó las dudas... “*Considero que el Código Tejedor, vigente ya en las provincias, es malo; pero cree que las reformas introducidas lo han mejorado*”. Luego refirió que, como Ministro, tenía a informe de la Cámara Criminal solicitudes de una mujer condenada a dos años de cárcel por haber robado una pollera; de otra, condenada a dos años de presidio por haber robado trece pesos; y de un hombre condenado al mismo tiempo por haber robado un par de alpargatas... Y, para terminar con las dudas que pudieran existir, concluyó con dramatismo y vehemencia y reclamó con urgencia: “*esto ni en la Turquía es justicia. Estos actos deshonoran al pueblo argentino, son indignos de su cultura, son indignos de su civilización y el Congreso debe, cuanto antes, apresurarse a hacer desaparecer estas verdaderas monstruosidades legales que se están realizando a cada instante por los jueces de esta ilustrada capital y por los jueces del resto de las provincias argentinas*” (MORENO, 73).

En ese contexto de carencias y urgencias, el Proyecto pasó al Senado, la Cámara revisora. Su tratamiento intentó postergarse, pero el Ministro Posse volvió a comparecer. Cargó nuevamente contra el Código Tejedor vigente, y



En lo que hace a nuestra fórmula, el Código entonces vigente de 1886 aceptó la redacción del Proyecto de 1881 y la incorporó en su art. 81 inciso 4°. Los Proyectos siguientes, de 1891 y de 1906, la repitieron omitiendo, de nuevo, cualquier valoración o comentario. Fue sobre esta base y la de los *Comentarios* de Herrera, que Rodolfo Moreno (h) elaboró su proyecto de 1917 que dio lugar al Código Penal de 1921, y que es el que aún nos rige.

Moreno mantuvo también la fórmula y, al referirse a su sentido y su alcance los aprecia, de nuevo, del todo evidentes. Así, dice muy escueto: ***“la disposición contenida en el inciso es bien clara, y no requiere mayores explicaciones. El caso se produce, generalmente, cuando tiene lugar un incendio en que para evitar mayores males a las propiedades vecinas y para impedir la extensión del daño, suele ser necesario causar alguna destrucción”***.<sup>29</sup> Claramente, y a pesar de que la redacción cambió (se amplió) notoriamente, sigue pensando Moreno en aquellos ejemplos de Pacheco (los daños a la propiedad) y no nos da pista alguna sobre el fundamento de una eximente que aparece ahora tan ampliada. Ninguna más, o ninguna otra, que “su claridad”.

Es extraño, porque en los incisos que siguen, sí que nos las da, en argumentos de algún modo predicables del estado de necesidad. Respecto del 4° (cumplimiento de un deber o legítimo ejercicio del derecho, autoridad o cargo) y del 5° (el que obrara en virtud de obediencia debida) señala:

*“El delito es un hecho o una omisión que la ley castiga. La pena concurre porque se entiende que el infractor careció de derecho para proceder como lo hizo. Pero es indudable que si el sujeto actuó en el ejercicio de una facultad legítima, el castigo no puede concurrir. El fundamento es tan claro que parecería hasta innecesario colocar en la ley la eximente. Pero si se tienen en cuenta los caracteres externos del acto, se comprende la necesidad de la disposición. Los actos son, para la ley penal, delictuosos o no. Los primeros no dan motivo a*

---

pidió que se tratara de inmediato dando razones de urgencia (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, año 1886, 919).

El senador Pizarro lo apoyó y sumó otra razón que resultó fundamental para la sanción inmediata: en ese momento el país tenía dos legislaciones penales según el lugar: la de España y la del doctor Tejedor; por lo que un hecho podía ser delito en un lugar de la República, y en otro no. Resultaba preciso unificar la legislación y salir de la anomalía que representaba la vigencia de leyes españolas ya vetustas en la península y, sobre todo, de los castigos fijos del Código Tejedor.

El Proyecto se aprobó a libro cerrado el mismo 25 de noviembre de 1886. La ley que sancionó el primer Código Penal argentino (el Código Tejedor reformado por la Comisión del Senado) lleva el número 1920, fue promulgada el 7 de diciembre de 1886 y se decidió que empezaría a regir el 1 de marzo de 1887.

<sup>29</sup> MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, T. II, 263.

sanciones; los segundos sí. Cuando la acción o la omisión no son de las incriminadas, la imputación no se produce. Pero aquí se trata de un individuo que ha incurrido en un acto o en una omisión de aquellas que la ley castiga. La apariencia lo condena o, por lo menos, hace suponer la culpabilidad. La regla genérica lo comprende, y para evitarle la aplicación de la pena es indispensable establecer que no concurre si obró legítimamente, no obstante la mencionada apariencia. En un caso de esos, no hay delito, sino acción lícita”.<sup>30</sup> Lo mismo puede y pudo predicarse de la justificación por necesidad. Pero no se lo hizo.

## **2. Las últimas propuestas de modificación.**

No ha habido modificaciones legislativas de esta eximente desde su sanción. Y tampoco los numerosos proyectos de Reforma (parciales o totales), hasta la década del 2000 propusieron cambio alguno o cambios de gran relevancia. Pero el nuevo milenio despertó un intenso interés por la modificación integral del Código Penal.<sup>31</sup> Y hubo, hasta ahora, tres Proyectos, que prevén introducir varias modificaciones de relevancia a esta eximente. Veamos.

### **2.a. El Proyecto de 2006:** La prevé así:

#### **Título IV. Imputabilidad**

##### **Art. 34 eximentes.**

No es punible: ...

f) El que causare un mal por evitar otro mayor e inminente, siempre que: i) el hecho fuere necesario y adecuado para conjurar el peligro; ii) la situación de necesidad no hubiere sido provocada deliberadamente por el agente; iii) el autor no estuviere jurídicamente obligado a soportar el peligro.

g) El que obrare para evitar un mal grave e inminente para la vida, la integridad corporal o la libertad, no evitable de otro modo, siempre que lo hiciera para apartar el peligro propio, de un pariente o de otra persona vinculada con el autor. La eximente no rige si al autor le fuera exigible soportar el peligro, sea porque él lo ha provocado deliberadamente o porque exista una relación jurídica especial. En ambos casos, la pena se podrá reducir en la forma prevista para la tentativa”.

<sup>30</sup> MORENO, T. II, 266.

<sup>31</sup> El Código Penal sufrió hasta ahora unas 900 reformas parciales que lo han afeado y, en buena medida, desnaturalizado. Merece por ello, sin dudas, una nueva versión que lo adapte a los cambios y a la evolución producida en más de 100 años, que integre en un mismo cuerpo la infinidad de leyes especiales y le otorgue sentido y sistematicidad.

Se mantiene la ubicación sistemática y hasta numérica que tiene en el Código de 1921, lo que siempre es una ventaja (el art. 34 tiene una gran importancia y una enorme tradición). Legisla ahora, para terminar con las indefiniciones, el estado de necesidad justificante (permiso) en el inciso f); y el disculpante (excusa), en el g); *teoría de la diferenciación* explicitada en la ley. Bien.

En la justificante, introduce una expresa mención del requisito de la necesidad y, junto a ella, a la llamada “cláusula de la adecuación” (*siempre que el hecho fuere **necesario y adecuado para conjurar el peligro***). Por otro lado, dispone que el necesitado sólo puede ser considerado un extraño a la situación de necesidad si no la provocó *deliberadamente*, es decir con dolo directo (creo que debería referirse no a la situación de necesidad sino al *peligro*, porque, como veremos con detalle, el necesitado, si es que decide actuar para evitarlo, es siempre quien provoca la situación de necesidad –la situación de conflicto- y, además, lo hace con dolo directo...). Finalmente, incluye la previsión de que aquellos que tienen el deber jurídico de soportar el peligro (se entiende que aquel deber derivado de una situación jurídica especial, como dice en el inciso que sigue) no están amparados por el permiso.

Respecto de la *excusa por necesidad*, el proyectista limita tanto los intereses objeto de tutela (vida, integridad corporal y libertad), cuanto el círculo de posibles beneficiarios (el mismo amenazado por el peligro o personas muy vinculadas o allegadas a él); excluye de la posibilidad de disculpa a aquel que debe soportar el peligro porque lo creó con dolo o porque tiene una relación jurídica especial (padres con hijos, bombero con víctima del incendio etc.). En ambos casos (es decir, tanto para cuando el agente creó deliberadamente el peligro, como para cuando tiene el deber jurídico de soportarlo), se dispone (interesante y novedoso) la facultad para el juzgador de reducir la pena conforme las reglas de la tentativa (de un tercio a la mitad), lo que parece razonable (ejemplo: yo provoqué un incendio con dolo directo en la casa de mi vecino y luego quiero apagarlo porque no busco que la casa se quemara toda. Cuando estoy en ello, veo que mi propio hijo puede ser una víctima del fuego. Ocupado en rescatarlo, el incendio se descontrola y la casa se quema por completo). El proyecto de 2006 no tuvo trámite legislativo.

## 2.b. El Proyecto de 2012:<sup>32</sup>

Este Proyecto adelantaba sistemáticamente el tratamiento de todas las eximentes y no difiere mucho de la propuesta anterior en lo que al permiso se refiere. Sí al tratamiento de la *excusa* por necesidad. La modificación más relevante respecto del anterior, es que no se limitan los bienes jurídicos a proteger en estado de necesidad disculpante.<sup>33</sup>

Dice así:

### TÍTULO II. HECHO PUNIBLE

#### ARTÍCULO 5°. Eximentes

“No es punible: ...

f) El que causare un mal por evitar otro mayor e inminente, siempre que: i) el hecho fuere necesario y adecuado para conjurar el peligro; ii) la situación de necesidad no hubiere sido provocada deliberadamente por el agente; iii) el autor no estuviere jurídicamente obligado a soportar el peligro.

g) El que actuare para evitar un mal grave e inminente no evitable de otro modo, siempre que lo hiciera para apartar el peligro de su persona, de un pariente o de un tercero próximo, y se dieran las circunstancias i), ii) y iii) del apartado anterior.”

## 2.c. El Proyecto de 2019:<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12). Comisión redactora: Presidente: Eugenio Raúl Zaffaroni (jurista, entonces Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vinculado con el kirchnerismo), Ricardo Gil Lavedra (jurista, ex miembro de la Cámara Federal que condenó a los comandantes en jefe en la famosa “Causa 13”, político del partido radical), Carlos Arslanián (jurista, ex Ministro de Seguridad bonaerense; también integrante de la Cámara Federal en la “causa 13”; de origen peronista; propuesto por el kirchnerismo), María Elena Barbagelata (ex diputada del partido socialista), Federico Pinedo (diputado de la alianza de centro derecha, PRO). Se intentó, evidentemente, lograr consensos entre las distintas fuerzas ideológicas y partidarias. Con preponderancia de las peronistas o filo-peronistas (3 de 5) y bajo la conducción del penalista más influyente en el país de las últimas décadas.

<sup>33</sup> En la *exposición de motivos*, respecto del *estado de necesidad exculpante* se dice lo siguiente: “Se trata de precisar el contenido de la vigente fórmula que se refiere a amenazas de sufrir un mal grave e inminente, que hace más de medio siglo dio lugar a sostener que la necesidad exculpante tenía carácter supralegal en nuestro derecho positivo, pues las amenazas sólo provendrían de conductas humanas, debate que estaba en su momento vinculado a la vieja discusión sobre la naturaleza psicológica o normativa de la culpabilidad y a la importación de planteos alemanes creados a partir de la no previsión de esta eximente en el viejo StGB de ese país. Se ha optado por no limitar bienes jurídicos, aunque el requerimiento de la gravedad del mal excluye las lesiones menores, lo que evita que se exculpen conductas que, si bien preservarían bienes jurídicos, serían inaceptables por la cultura dominante. No se ha considerado conveniente excluir bienes jurídicos y, en especial, la propiedad, porque bien puede tratarse de la amenaza de una lesión gravísima que coloque al agente en situación de calle, de desprotección o de bancarrota total. Lo que cuenta en el texto es la magnitud del daño y no el bien jurídico en particular. La extensión a terceros sólo es admisible en los casos de personas que tengan una relación próxima con el agente, pues sería inadmisibles la elección arbitraria de éste en un conflicto entre dos personas que le son igualmente ajenas y que, por ende, no le genera ninguna situación de exculpación. *Ningún ciudadano está habilitado para elegir, en una situación extrema, entre los bienes jurídicos de una u otra persona, sólo por su placer o arbitrio*”.

<sup>34</sup> Por el Decreto 103/2017 del PEN se creó esta nueva Comisión para la Reforma del Código Penal. Se integró con funcionarios de la Administración Nacional, representantes del Poder Judicial Nacional y Provincial y de los

Finalmente tenemos el Proyecto de 2019, con estado Parlamentario, que resulta el más revolucionario e interesante. Se adopta el *sistema de tripartición* de situaciones de necesidad.

Las normas proyectadas dicen así:

Art. 34: No serán punibles:

“3° El que causare un mal para evitar otro *sustancialmente mayor* e inminente, siempre que:

- a) el hecho fuese necesario y adecuado para apartar el peligro;
- b) la situación de necesidad no hubiese sido provocada por el autor de modo imputable;
- c) el autor no estuviese jurídicamente obligado a afrontar el peligro.”

...

8° El que obrare para evitar un peligro inminente, no evitable de otro modo, imputable al titular del interés afectado, siempre que el mal causado no fuese sustancialmente mayor que el evitado.

9° El que obrare para evitar un mal grave e inminente, no evitable de otro modo, para la vida, la integridad corporal, la libertad o algún otro interés esencial propio, de un pariente o de una persona allegada al autor, siempre que el mal causado no fuese sustancialmente mayor que el evitado. La eximente no regirá si al autor o, en su caso, a la persona socorrida por el autor, le fuera exigible afrontar el peligro, en particular, porque él lo hubiese provocado de modo imputable o porque hubiese existido una relación jurídica especial. En ambos casos la pena se podrá reducir en la forma prevista para la tentativa.

Se entenderá que concurren las circunstancias del inc. 6° respecto de aquél que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar[...].”

Respecto del *estado de necesidad agresivo justificante (inciso 3)*, incorpora el requisito de la *diferencia sustancial entre males*; mantiene la propuesta de incorporar expresamente el requisito de la subsidiariedad (necesidad) y de la adecuación; *extiende (vis a vis* los dos Proyectos anteriores) *o limita* (según ley vigente) el requisito de la extraneidad (situación de necesidad *no imputable al autor*) y mantiene la cláusula del *deber de sacrificio* para aquellos jurídicamente obligados a soportar el peligro.

Respecto del *estado de necesidad defensivo justificante (inciso 8)*, es de destacar que se introduce por vez primera en nuestros Proyectos. Se lo prevé como lo que es: una respuesta en forma de reacción del amenazado por el peligro hacia el titular del bien afectado (contra la fuente de ese peligro). Y el mal que se causa puede ser igual, o *no sustancialmente mayor* que el que se evita o pretende evitar. En mi opinión, queda un poco estrecho. Es que la reacción

---

Ministerios públicos y fundamentalmente, de la Docencia Universitaria. Sus miembros fueron Mariano Borinsky (presidente), Guillermo Yacobucci, Carlos González Guerra, Pablo Turano, Pablo López Viñals, Carlos Mahiques, Víctor Vélez, Patricia Llerena, Yael Bendel, Fernando Córdoba, Patricia Ziffer y Guillermo Soarez Gache.

en estructura estado de necesidad defensivo no procede sólo contra personas que generan el peligro sin dolo, sino también contra “naturaleza” (perro que me ataca sin culpa de su dueño; viento huracanado al que me enfrento dañando lo ajeno). Y, en esa reacción, que no involucra en el conflicto la esfera de libertad del único que podemos llamar tercero (o mejor *inocente*) existe ya *un valor* que el Derecho no puede desconocer.

Respecto del *estado de necesidad disculpante* (o exculpante) el proyecto es similar a la propuesta de 2006.

Además, se generaliza la tradicional cláusula de necesidad calificada o extraordinaria (que está reservada en nuestra ley vigente sólo a la legítima defensa) para todas las situaciones de necesidad. Me parece una propuesta superadora. Yo sólo agregaría a lo escrito el auxilio necesario de terceros en el inciso 8 (es decir para el estado de necesidad justificante defensivo): “*el que obrare para evitar un peligro inminente para sí o para otro, ...*”

### 3. La opinión de la doctrina nacional.

Entre los comentaristas de los proyectos de Reforma que dieron lugar a nuestro texto legal, dice **Herrera**, “el estado de necesidad, en toda su generalidad consiste en esto: que para salvar un derecho o un bien se requiere la ejecución de un acto, en sí mismo delictuoso, *contra los derechos de un tercero*; o, en otros términos, hay estado de necesidad, siempre que la preservación de un bien, expuesto a un peligro actual, no puede ser realizado sino llevando a cabo una *agresión al bien de otro*. El caso de necesidad es, pues, un conflicto entre dos bienes o dos derechos”.<sup>35</sup> Al hablar de conflicto de bienes o derechos Herrera no advierte que la ley nos llama a comparar *males*. Y al hablar de un *tercero* sobre el que recae la acción de salvaguarda del necesitado en forma de una *agresión*, se hace evidente que piensa sólo en la lesión a intereses de un tercero extraño e inocente (es decir, en la situación de necesidad agresiva).

**Peco**<sup>36</sup> recoge, textual, la definición de von Liszt: “*El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el que no queda otro*

---

<sup>35</sup> HERRERA, Julio, *La Reforma Penal. Estudio de la Parte General del Proyecto de Código Penal redactado por los Dres. Saavedra, Beazley, Rivarola, Moyano Gacitúa, Piñero y Ramos Mejía*. Librería Imprenta de Mayo, Buenos Aires, 1911, 431. Nuñez señala además, como un error, que Herrera aluda a la acción de salvaguarda como “un hecho en sí mismo delictuoso”, lo que en rigor nunca fue y que ni tan siquiera antijurídico en algún tramo de su acaecer”. NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 317.

<sup>36</sup> PECO, José, *La reforma Penal Argentina de 1917-20*, ed. Valerio Abeledo, Editorm, Buenos Aires, 1921, 334.

remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”<sup>37</sup>. Lo mismo podemos decir de esta definición. A primera vista, el “otro” podría ser el que origina el peligro, pero tal posibilidad desaparece en cuanto el generador del peligro pierde, merced a su acción, la protección jurídica (es decir que sus intereses no pueden ser considerados “jurídicamente protegidos”). Estamos entonces frente a supuestos, de nuevo, de lesión a los intereses de un tercero no involucrado inicialmente en la situación de conflicto, es decir, frente al sacrificio de un inocente.

**Soler** prefiere la definición de Carrara: “Llamase, en general, estado de necesidad a una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico”. La definición, así expresada, sólo refiere uno de los elementos del estado de necesidad, *la situación de necesidad*, que resulta un requisito común a otras eximentes (al estado de necesidad defensivo, que no reconoce Soler, a la legítima defensa y al estado de necesidad disculpante). Por ello es que, sin salvar del todo el problema apuntado, aclara el autor, “tal situación genérica, comprende a la legítima defensa; pero ésta se diferencia en forma específica del estado de necesidad propiamente dicho, porque en ella la situación de peligro proviene de una agresión ilegítima, es decir de la injusta acción de un hombre, mientras que en el estado de necesidad la situación se produce sin que medie agresión alguna: el bien jurídico sacrificado es, a su vez, un bien jurídico protegido por la ley, y su titular, sin culpa alguna, se ve privado de él.”<sup>38</sup> Por eso ha podido decir Carrara (Programma § 285 y ss.) que mientras en la legítima defensa el acto del sujeto es una reacción, en el estado de necesidad es una acción”.<sup>39</sup> Como vemos, las situaciones de estado de necesidad defensivo no se advierten todavía como supuestos posibles y merecedores de tratamiento, ni siquiera de mención.

**Núñez**, en su Manual, define al estado de necesidad justificante como “causar un mal a un bien jurídico ajeno, para evitar otro mayor, inminente a un bien propio o ajeno al que ha sido extraño”.<sup>40</sup> Y en su Tratado, como “la situación en que se encuentra una persona que,

---

<sup>37</sup> VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, 44 ed., Traducida de la 20ª ed. Alemana por Luis Jiménez de Asúa. Reus, Madrid, 1999.

<sup>38</sup> Muy próximo a esta definición aparece Mir Puig: “es un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber” (MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 10ma. Edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2016, 462).

<sup>39</sup> SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, 4ta. edición, 8va. reimpresión Tea, Buenos Aires, 1979 (en adelante DPA). Aquí, §32, I. La cita de Carrara es de *Programma*, §300.

<sup>40</sup> NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal Parte General*, 5ta. ed. Actualizada por Roberto Spinka, Lerner, 2009, 161.

para salvar un bien de peligro, debe lesionar mediante una conducta penalmente típica, *otro de un tercero*, que representa un interés jurídico menos valioso”.<sup>41</sup> En efecto, dice, “nuestra ley encuentra el criterio rector de la impunidad del hecho cometido en estado de necesidad, *en el mayor interés que el Derecho tiene en que se evite el mal mayor*, (y) acepta de manera muy clara que dicho estado representa una causa objetiva de justificación.”<sup>42</sup> Núñez critica la definición de Soler porque “omite referirse a la característica de la tipicidad de la conducta del autor de la acción salvadora del bien en peligro”. Y Soler le contesta: “desde luego cuando nos disponemos a examinar si un hecho es justificado, lo hacemos porque antes se nos presentó como típico. Si un hecho no consiste en matar, ni en robar, ni en nada que el Código Penal mencione, parece absurdo ponerse a ver si, además, el hecho es justificado”<sup>43</sup>.

En realidad, estos autores están definiendo cosas distintas. Soler, la situación de necesidad (requisito de base) y Núñez a una especie de estado de necesidad, el justificante. Ambos omitiendo, de nuevo, cualquier referencia a la situación de necesidad defensiva.

**Fontán Balestra**, dice que en el artículo 34 inciso 3, el Código Penal contempla el estado de necesidad justificante para el que toma en cuenta el valor relativo de los bienes en conflicto.<sup>44</sup>

**Zaffaroni** es también muy escueto en su Tratado: “el art. 34 inciso 3º regula legislativamente el estado de necesidad justificante que se da cuando se opera la producción de un mal menor para evitar un mal mayor”... “*allí el orden jurídico en razón de la cuantificación de la lesión, permite la lesión de menor cuantía*, a diferencia de la legítima defensa, en que si bien hay un balanceamiento de intereses, en ésta se debe colocar en la balanza, también, la antijuricidad de la agresión, lo que complica, en los casos particulares, la solución.”<sup>45</sup>

En la edición más reciente de su tradicional *Manual*, ahora con los profesores Alagia y Slokar, luego de recordar que la necesidad es el elemento común tanto para las justificantes de legítima defensa y de estado de necesidad como para el estado de necesidad exculpante, dicen

---

<sup>41</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 316. Elogioso Chichizola, 215, que califica el concepto de “singularmente preciso”.

<sup>42</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 319.

<sup>43</sup> SOLER, DPA, §32

<sup>44</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, actualizado por Guillermo Ledesma, 16ta. edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 265.

<sup>45</sup> ZAFFARONI, *Tratado...*, 624 y 629. Nuñez, apunta que la diferencia entre la coacción y el estado de necesidad justificante no puede ser *lo subjetivo*. *Ambos sujetos temen un mal*. La diferencia en el caso de *coacción* y el de *necesidad justificante* es que, en el primero, el Derecho, para no castigar, sólo mira el *temor* que constriñe la libre determinación de la voluntad y que no autoriza a exigirle el respeto por el bien ajeno; mientras que en el segundo, atiende a que el autor obra para salvar un bien jurídicamente prevaleciente (NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 319).



que “no obstante, los efectos son diferentes: a) en la legítima defensa, la necesidad justifica (salvo que la lesión que se causa sea aberrante en relación a la que se evita); b) en el estado de necesidad se justifica sólo la lesión menor que la que se evita; c) en el estado de necesidad exculpante, la conducta sigue siendo antijurídica (la necesidad no justifica), el mal que se causa es igual o mayor que el que se evita y sólo exculpa cuando *no es exigible* una conducta menos lesiva... Conforme este esquema, el inciso 3 del art. 34 limita el estado de necesidad justificante al caso en que se causa el mal menor para evitar el mayor, distinguiendo nítidamente esta justificación de la legítima defensa y también del estado de necesidad disculpante. Esto hace que el homicidio nunca pueda justificarse por estado de necesidad, desde que no cabe jerarquizar vidas humanas”.<sup>46</sup>

Para **Righi y Fernández**, hay estado de necesidad justificante cuando se sacrifica un bien jurídico para salvar otro de mayor valor y disculpante (art. 34 inciso 2) cuando el bien que se lesiona es de igual valor que el que se preserva. *El fundamento es la salvación del interés preponderante que para el orden jurídico tiene la conservación del interés defendido por el autor.*<sup>47</sup>

**Creus**, define al estado de necesidad como “la situación en que se encuentra un sujeto en la que como medio necesario para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios (o de un tercero en determinados casos), *ataca* un bien jurídico extraño de menor entidad que el que trata de salvar.”<sup>48</sup> Interesante resulta la referencia a bienes (y no a males) y a la acción de salvaguarda como un *ataque*. En efecto, se está pensando de nuevo en situaciones de agresión a un inocente.

**Cardini**, en su monografía, da una definición más extensa y completa, pero que no se salva de las falencias que apuntamos. Dice: “Actúa lícitamente quien, para preservarse a sí mismo o a otra persona de daño grave o inminente, realiza los actos conducentes de otro modo inevitables, para conjurar ese peligro o para salvaguardar un bien o un derecho que el orden jurídico tutela, incluso lesionando un derecho o infringiendo un deber que colisiona con el bien; siempre que el agente no tenga la obligación legal de soportar ese mal o peligro, *que no exista desproporción notoria entre lo sacrificado o lo salvaguardado* y también en todos aquellos supuestos en que la conducta del agente necesitado haya sido la única

---

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2017, 494.

<sup>47</sup> RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 196-197.

<sup>48</sup> CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, 5ta. ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, 315.

razonablemente exigible en la emergencia. El agente necesitado no deberá haber excedido los **límites** necesarios para conjurar el mal o peligro, respondiendo en su caso, del exceso”.<sup>49</sup>

#### 4. Primeras impresiones:

La primera lectura de la previsión legal exhibe, como características más salientes de la fórmula, las siguientes:

a. **Su claridad, y simpleza.** Así, celebra Soler, con entusiasmo que comparto, “*la amplísima manera en que está concebido el inciso 3º del art. 34 de nuestra ley, que contiene la forma más simple de expresar lo que aquella doctrina (se refiere a la alemana) ha debido establecer por caminos tortuosos e indirectos*”.<sup>50</sup>

b. **Que contiene, a pesar de su aparente parquedad, todos los requisitos necesarios de la justificante:** a) la existencia de una situación de necesidad (situación objetiva –real- de peligro que enfrenta un sujeto que, para escapar de un mal, convierte el peligro que lo amenaza en conflicto y causa a otro un *mal menor*); b) la comparación entre los dos males; c) la extraneidad del necesitado respecto del mal que lo amenaza; d) el elemento subjetivo (*por*).

c. Que la ley nos llama a comparar **males** y no bienes o intereses jurídicos, como buena parte de la doctrina sugiere.

Asimismo, como *carencias u omisiones relevantes*, enseguida se advierten:

a) la falta de distinción, ya injustificable, entre las dos estructuras del estado de necesidad justificante: el defensivo y el agresivo. En el primero, prevalece la idea de la defensa contra la fuente de peligro y la ponderación de los males será sólo un correctivo “para que no todo perjuicio que amenaza insignificante pueda ser evitado en consideración a la destrucción de valores importantes”. En el segundo, el agresivo, la ponderación de males aparece en el primer plano<sup>51</sup> y la acción de salvaguarda no se dirige contra el responsable del peligro que amenaza sino contra un inocente;

b) la absoluta falta de indicación sobre cuánto menor debe ser el mal que se causa respecto de aquel que se evita (si “algo”, “poco”, “mucho”...); y

---

<sup>49</sup> CARDINI, Eugenio Osvaldo, *Estado de necesidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, 74-76.

<sup>50</sup> SOLER, DPA, §32, VI. En el mismo sentido, ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Manual...*, 495.

<sup>51</sup> WELZEL, 147.

c) la indiferencia general (en la ley y en la doctrina) sobre varios hechos de la realidad que tienen, en mi opinión, una importancia decisiva a la hora de comparar esos males: el origen del peligro y la eventual incumbencia de un sujeto en él, y la respuesta que el necesitado *elige* dar como salida a ese peligro.

No valoro a las otras omisiones, que son las que la doctrina sí subraya como más importantes y que los Proyectos examinados intentan resolver, tan necesarias en lo que a la cláusula del permiso (estado de necesidad justificante) se refieren.

En efecto, tanto el *requisito de la necesidad* cuanto la llamada *cláusula de adecuación* pueden entenderse incluidas, sin dificultad, en el requisito de base: *la situación de necesidad*. No puede siquiera pensarse en conceder un permiso legal (en forma de un derecho) para causar un daño típicamente relevante a otro, *si la acción de salvaguarda no resulta necesaria para apartar el concreto peligro que amenaza*. Y, tampoco, si esa acción no resulta *adecuada* para apartar el peligro que se intenta evitar. Asimismo, la falta de referencia a la *obligación de sacrificio* puede, perfectamente, integrarse al requisito de la extraneidad. Es que si tienes deber de sacrificio, pues *no eres extraño* a la situación de necesidad. Y me parece muy interesante destacar que, ni en la fórmula original (y vigente) ni en los Proyectos de reforma, se incluye expresamente la figura *del auxilio necesario de un tercero* y sin embargo, ha sido ampliamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia nacional. Según creo, en un sistema jurídico liberal que privilegia la autonomía individual y la dignidad de la persona humana, *no debe integrarse el auxilio necesario de terceros a la fórmula del estado de necesidad agresivo justificante y sí a la del defensivo*. Para el agresivo, las reglas serán las del deber de socorro o de auxilio del art. 108 del CP que tiene, por cierto, un alcance distinto al deber pasivo de sacrificio y que deberá interpretarse, también, muy restrictivamente.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> En contra, y sin distinguir los supuestos (deber de tolerancia en estado de necesidad agresivo y deber activo de socorro del 108 del CPA), Creus: “El bien jurídico amenazado tiene que pertenecer al autor. Se acepta sin embargo la aplicación el estado de necesidad mediante circunstancias especiales, cuando el agente dándose las demás condiciones requeridas por la ley, actúa en socorro de un tercero... Aún puede darse el caso de que el bien menoscabado pertenezca a dicho tercero, cuando la acción tiende a salvar otro bien jurídico del mismo autor de mayor entidad (privarlo de la libertad para evitar que se mate” (CREUS, *DPPG*, 315 y 316). Yo creo que el suicida, mayor de edad y en uso de su libertad, no tiene el deber de tolerar la injerencia del tercero auxiliador en estado de necesidad agresivo y que podrá defenderse de la injerencia. Pero como el tercero tiene un deber de socorro impuesto por la ley (art. 108 del CPA), sólo podrá hacerlo en los límites del estado de necesidad defensivo. La conducta del auxiliador no tiene un contenido de negación del derecho, sino de conformidad con él, pero sí de negación a la esfera de libertad ejercida por el titular del bien al que, consciente y voluntariamente, ha afectado. La ley no castiga al suicidio, sí la ayuda o la instigación al suicidio. Yo creo que la decisión suicida es una decisión que hay que respetar en tanto autónoma (constituye una decisión sobre el plan de vida: sencillamente, terminarla). Ello es moralmente repudiable desde una visión como la que sostengo (Kant rechaza el suicidio en tanto nadie puede querer convertir en máxima de su actuación moral, en ley práctica universal, que

---

elijamos matarnos) pero en la que el Derecho no puede intervenir, salvo peligro o afectación de terceros. El suicida debe ser cuidadoso en la elección del modo de quitarse la vida. No debe involucrar a terceros en el mismo acto de matarse (ejemplos: tirarse por un balcón, envenenar no sólo su comida sino la del grupo, etc.). Y tampoco parece legítimo que intenta matarse con gente alrededor que, por ley, tiene el deber de actuar.

### III. Sobre los problemas que enfrentamos (y sobre una propuesta que los patentiza).

#### 1. Presentación de los problemas.

Los problemas que enfrentamos cuando tratamos esta eximente conforme está prevista en nuestra ley penal son, básicamente, los siguientes:

a) Cuál es el fundamento de la justificación por necesidad agresiva (por qué razón es que podemos dañar a un inocente);

b) Cuál es el contenido y el alcance de los **derechos** que se otorgan a unos (*derecho de salvaguarda y derecho de injerencia en la esfera ajena*) y de los **deberes** que se imponen a otros (*deber de tolerar esa injerencia lesiva: deber de sacrificio*);<sup>53</sup>

c) *El gran problema*, que es el uso de una persona inocente para fines de otro/s;

d) La cuestión de la indeterminación acerca de cuánto menor debe ser el daño que se causa para evitar el peligro que amenaza (si *apenas* ó *algo*, ó *muy menor*, ó *sustancial* ó *esencialmente menor*);

e) el olvido de una estructura que ya no puede estar ausente en la consideración de las situaciones de necesidad justificantes: el estado de necesidad defensivo;

f) la siempre difícil tarea de comparar *males* y la visible y reconocida insuficiencia de los criterios utilizados para hacerlo. Y si es que, acaso, además de la responsabilidad por la generación del peligro, *el hecho de que a alguno le haya tocado que un mal lo amenace* y al inocente no, tiene alguna relevancia en la comparación relativa de los males;<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Para la dificultad que representa distinguir entre los derechos/deberes *fuertes* que nacen de la situación de legítima defensa, de los que surgen del estado de necesidad defensivo (y que, por tanto, dificultan la distinción con aquella justificación) y, sobre todo, del estado de necesidad agresivo, véase WILENMANN, Javier, “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal”, *InDret*, 3/2014, 11-14. Aquí se hace una propuesta que pretende explicar y fundamentar la existencia de derechos/deberes fuertes, de derechos/deberes medios y de derechos/deberes mínimos que pueden predicarse existentes en los permisos de legítima defensa, estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo respectivamente. Véase para ello, *infra*, Cuarta Parte, Capítulo X.

<sup>54</sup> En un sistema como el que propongo, que no se fundamenta en la teoría del interés preponderante, sino que parte de la responsabilidad por el peligro o de la competencia por la situación de necesidad y se ordena a los principios nucleares de la autonomía individual y de la dignidad, la tarea de comparar *males* resulta menos compleja.

g) Que, en rigor, en todas las situaciones de necesidad es el necesitado quien convierte peligro que lo amenaza en conflicto. Pero, a diferencia de lo que sucede con sus parientes -la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo-, en el estado de necesidad agresivo es el necesitado quien abre el conflicto a un sujeto que no aparece implicado en la relación de peligro inicial: el inocente. El necesitado integra a esa relación a un sujeto que es absolutamente extraño, con daño a su autonomía y a sus intereses.

h) la aceptación, o no, del auxilio necesario de terceros en situaciones de necesidad agresivas (es decir la ayuda de un tercero que recibe el necesitado para escapar del mal que lo amenaza mediante el ataque a un inocente...) y;

i) las diferencias con la omisión de socorro activo del art. 108 del CPA (si alguna).

Voy a ocuparme de todas estas cuestiones aquí. Las respuestas que pueda dar o las propuestas que pueda hacer, se orientarán siempre al respeto de los principios liberales centrales de la autonomía y de la dignidad de la persona humana. Esa será la *música de fondo* que debería mantenerse viva en toda la obra: debería resultar una melodía constante y más o menos decente y agradable, no un ruido estridente y atroz...

Digamos algo más de estas cuestiones.

a) El art. 34 del CP, agrupa a la gran mayoría de las *eximentes* que el sistema penal prevé. Empieza diciendo “*no son punibles...*”, es decir que no se castigará, que no se aplicará pena, en los casos allí previstos. Lo que no sabemos en todos los casos allí previstos es, nada menos que, por qué. Esto es cuándo estamos, por ejemplo, frente a un permiso o a una autorización para realizar un hecho típico (*causa de justificación*) y cuándo frente a *disculpa (excusa)*, o una *causa de exención de pena*.<sup>55</sup> Además, la penalística actual ya no afirma con tanta seguridad y contundencia que los efectos de una causa de justificación se extiendan “de un ámbito jurídico a otro”, poniendo de ese modo en duda el postulado de la

---

<sup>55</sup> BACIGALUPO, DPPG, § 49/680. Claro aquí Wilenmann: “Toda situación a cuyo respecto resulte aplicable un derecho de necesidad o de defensa implica por definición el establecimiento de una relación normativamente calificada entre al menos dos partes. Por hipótesis, en estas situaciones siempre es necesaria la lesión de un interés jurídicamente relevante de otro, ya sea para la salvaguarda de un interés propio o de uno de un tercero. Con ello, esa acción de necesidad puede encontrarse normativamente calificada como *permitida*, en cuyo caso el destinatario de la acción de necesidad tiene un deber de tolerancia, o como *prohibida*, en cuyo caso el destinatario de la acción de necesidad tiene un derecho de respeto: la situación se caracteriza de esta forma, ante ausencia de permiso de afectación, por la configuración general de una prohibición de injerencia ajena en un ámbito de autonomía propio”. (WILENMANN, Javier, “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal”, *InDret*, 3/2014, 4).

unidad del orden jurídico.<sup>56</sup> En nuestro sistema de Derecho tenemos, por lo menos, dos normas que se relacionan con esta problemática. El art. 34 inciso 4 del CP<sup>57</sup> y el art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.<sup>58</sup> De acuerdo con el primero, pareciera que no puede pensarse que el cumplimiento del deber o el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, pueda configurar una conducta antijurídica, y con el segundo, que el ejercicio regular de un derecho no puede traernos consecuencia disvaliosa alguna. Y eso es lo que la doctrina afirma o concluye. Pero no parece claro que *cualquier* permiso legal deba conducir, en todo caso, a una *autorización para realizar un tipo penal*.<sup>59</sup> Y, tampoco, que el *ejercicio de un derecho* constituya, *siempre*, una habilitación suficiente para liberar al autor *de cualquier consecuencia jurídica* (i.e. indemnizar el daño). Habrá que determinar, de eso tratará en parte mi trabajo, *de qué derecho hablamos* y si, está sujeto, por ejemplo, a alguna condición operativa o de ejercicio (más allá de aquella a la que todos están sujetos: el *neminem laedere*). Por ejemplo, el ejercicio ilegítimo o abusivo o de manera distinta o contraria a los fines y al sentido que ese *derecho* tiene o persigue.

Para poner algún ejemplo, tenemos un amplísimo derecho de defensa contra una persona que ejerce el *derecho de caminar*, pero que pretende hacerlo, muy decidido, *sobre mi cabeza* (legítima defensa). Y también tenemos derecho a enfrentar, a impedir, que alguno que camina *distraído*, esté a punto de pisarme o de atropellarme, aunque lo impediremos de un modo más prudente y proporcionado (estado de necesidad defensivo). Y no parece, en este último caso, que el hecho de que alguien que va distraído y que está por pisarme, me de derecho a dañar, del modo que sea, a un inocente que pasa por ahí para salvarme del mal que a mí se me anuncia. Y, finalmente, no parece justo ni obligado que si elijo esta última opción, y aunque el daño al inocente sea menor que el que a mí me amenazaba, el inocente deba cargar con todos los costes de “su sacrificio” (y no merezca, por ejemplo, una compensación

---

<sup>56</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1995, 11/6 y ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad. de la 2da. ed. alemana y notas a cargo de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, §14/36; BACIGALUPO, DPPG, § 50/688 y 689.

<sup>57</sup> Artículo 34 inciso 4 CPA: “El que obrare en cumplimiento de un deber, o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo”.

<sup>58</sup> Artículo 10 CCyC. “**Abuso del derecho:** El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

<sup>59</sup> BACIGALUPO, DPPG, § 50/690.

o una reparación de parte de alguno). Por eso es que algunos autores proponen distinguir entre las causas de justificación específicamente penales (que eliminan sólo el injusto penal) y las causas de justificación en general (que eliminan todo injusto para el Derecho en general).<sup>60</sup> Pero volvamos a la cuestión del fundamento del estado de necesidad justificante.

Como vimos, de la idea inicial de la justificación “evidente por argumentos de la razón” se pasó, en doctrina absolutamente dominante, a la de que *el estado de necesidad se explica y justifica a partir del principio del prevalecimiento del interés mayor o del interés preponderante*.<sup>61</sup> Se prefiere y por tanto se autoriza, que allí donde lo que se anuncia es un *mal mayor*, lo que quede sea un *mal menor*. Esta razón, además de muy problemática (por su ambigüedad y por su extensión) resulta extraña a un sistema de derecho penal liberal que no busca (precisamente) proteger bienes, sino, fundamentalmente, resolver conflictos entre personas con el mayor respeto por su autonomía y por su dignidad. Como hemos visto, la convicción del legislador, de los comentaristas iniciales, y de la gran mayoría de la doctrina posterior, fue la de que se estaba frente a una fórmula *que declaraba lo evidente* (que no se puede castigar a quien causa un mal por evitar otro mayor (pero decía Pacheco, y parece que lo olvidamos después..., “muy mayor”...) y que no precisaba por ello, de mayores explicaciones. Sólo resultaba necesario *hacer cálculos muy sencillos*. Así que, en la medida en que se causa un *mal menor* por evitar uno mayor se estará, siempre, frente a una causa de justificación (*a un permiso para actuar típicamente*, art. 34.3.). Y, en caso de que causen *males iguales o uno (algo o mucho) mayor* a aquel que se evita o que se pretende evitar, lo que corresponde es acudir a la *excusa* (disculpa) del art. 34.2 CP (coacción, ¡si es que aplica!), o como una eximente supralegal.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Su principal exponente actual es Günther. Puede consultarse en español, GÜNTHER, Hans-Ludwig, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, en AA.VV, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, coord. Santiago Mir Puig y Diego Manuel Luzón Peña, Aranzadi, Madrid, 1995, 45-66. También SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2da. ed, IBdf, Montevideo, 2012, 415; BACIGALUPO, DPPG, § 50/691.

<sup>61</sup> Por todos, claro y contundente, DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, 159-160: “No hay duda de que se trata de una causal de justificación, ya que se intenta salvar un interés de mayor valor, produciendo un mal menor. En cambio, si los intereses son iguales, no hay duda de que es una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, como se intentará demostrar, ya que es un caso de no exigibilidad de otra conducta, basada en principios de política criminal.”

<sup>62</sup> Ver, por todos, ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Manual...*, 494 y 495. La cuestión de la eventual existencia de *males iguales* es especialmente delicada en España porque su ley incluye dentro de la misma regla el que se cause un mal menor o igual al que se evita. Luego de la Reforma de 1995, dice así:

“Artículo 20: Están exentos de responsabilidad criminal:

5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.



Pero la verdad es que nos quedamos a medio camino a la hora de hacer distinguos. Es que ya no se trata sólo de diferenciar a la justificación de la excusa por necesidad, sino también de distinguir, dentro del ámbito de la justificante, a dos especies distintas:

*el estado de necesidad defensivo* (en el que el mal que causa el necesitado recae en quien de algún modo es responsable por el peligro que amenaza); y *el estado de necesidad agresivo* (en el que el mal que se causa recae sobre un absoluto extraño a ese peligro: el inocente). El *mal* que el necesitado causa en el primer supuesto (a un responsable por el peligro), puede ser perfectamente *menor* que el que evita, aunque se trate de los mismos *bienes o aún más valioso aquel que se afecta que aquel que se salva*. En el segundo de los supuestos (agresivo) ello no podría nunca afirmarse.

Además, no sólo de puras comparaciones entre *males* parece hablar la ley. Resulta bastante claro, según creo, que para justificar, se conforma con ***que aquello que queda en el mundo sea menos mal que el que amenazaba concretarse***. Es decir con la constatación, *ex post* (una vez superada la emergencia) de una situación mejor, en términos personales (para el necesitado) y sociales (para la comunidad toda), que aquella que se anunciaba *ex ante* (allí

---

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

La doctrina penal española ha acogido, muy mayoritariamente, la teoría de la diferenciación, pero se encuentra con el grave inconveniente de que el art. 20.5 del CPE no distingue tan claramente, como la ley alemana, las dos situaciones (justificante y exculpante: mal que se causa “no mayor”). La versión entonces de la teoría de la diferenciación en España “conduce a consecuencias prácticas muy insatisfactorias, y resulta difícilmente compatible con la regulación del Código Penal Español” (MIR PUIG, DPPG, 10ma., 467).

La interpretación que en general se hace en doctrina, es que el 20.5 CPE contiene, en la misma regla, dos especies diferentes de estado de necesidad: por una parte, el estado de necesidad entre bienes de distinto valor, en el que resulta *justificada* la salvación del bien superior (estado de necesidad justificante). Pero cuando de bienes “iguales” se trata, la eximente no tendrá carácter justificante sino *exculpante* (estado de necesidad exculpante). Crítico, Mir Puig ofrece una interpretación distinta. Sostiene que hay que limitar la interpretación que se hace respecto de la justificación de los bienes de igual valor o para aquellos casos en que la diferencia resulte escasa, o mínima. Sostiene que el art. 20.5 no se refiere a que el bien salvado sea igual o mayor que el sacrificado, sino ***que el mal causado no sea mayor*** que el que se trata de evitar. ***De lo que se trata es de comparar males, y no bienes*** (MIR PUIG, DPPG, 10ma., 470) y en esa ponderación no debe influir sólo el valor del bien lesionado, sino también la forma en la que se lo lesiona y la perturbación del orden jurídico que implica la intromisión anormal en la esfera de intereses del lesionado. Por ello, necesariamente el bien que se salva deberá ser esencialmente mayor que el que se sacrifica porque si fuera igual (sumados las demás circunstancias a considerar), el mal será mayor. Finalmente, en el caso de conflicto de bienes iguales, en los que tanto el grado de peligro cuanto la perturbación del orden son también iguales, puede admitirse la justificación por necesidad (caso de la tabla de Carnéades), salvo que uno de los naufragos esté ya asido a la tabla y el otro pretenda arrebatarla. En ese caso, lo que procede, según Mir, es el recurso al 20.6 CPE, miedo insuperable o estado de necesidad exculpante. También, por esta vía puede darse mejor solución (justificante) a casos de estado de necesidad defensivo (el peligro proviene de la persona o de la cosa a la que se afecta defensivamente) aunque el bien salvado no sea mayor que el sacrificado (MIR PUIG, DPPG, 10ma., 480- 481).

cuando el peligro amenazaba). Se trata de una cláusula que, por un lado, intenta asegurar la paz social (el orden)<sup>63</sup> y, por el otro invita (¡con evidente entusiasmo!) a su interpretación *en términos puramente consecuencialistas*, o más bien utilitaristas (mayor beneficio para el mayor número). Mala cosa para un orden jurídico liberal que se ordena sobre los principios de autonomía individual y de dignidad de la persona humana. Clara invitación al uso de nuestras personas o “de lo nuestro” para satisfacciones “ajenas” o “del conjunto”.

b) *La parquedad de la fórmula* es para destacar . En términos de economía y de estética del lenguaje la encuentro especialmente atractiva, pero también acarrea sus problemas. El art. 34.3 no prevé (y no nos provee) de estándares útiles para la interpretación. No digo que deba necesariamente preverlos (ni proveerlos), pero sí que resulta claro que es la dogmática quien debe resolver estas omisiones.<sup>64</sup> No sabemos *cuál es la extensión o el alcance del derecho* que se concede al necesitado para su salvaguarda y para la injerencia lesiva en la esfera de un inocente. *Tampoco conocemos cual es la fundamentación y la extensión y alcance del llamado deber de tolerancia o de sacrificio* que el inocente tiene (*¿por qué es que debo sacrificarme? ¿hasta dónde es que debo sacrificarme?*).<sup>65</sup> Postulo aquí que los derechos que la ley otorga en las distintas estructuras de necesidad justificante (legítima defensa, estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo), y que resulta urgente distinguir, *no son los mismos, ni tienen el mismo alcance*. Y tampoco los deberes que la ley impone. De esta distinción, espero extraer conclusiones relevantes que harán más compatible este instituto con el respeto a los principios fundamentales que los liberales sostenemos.

---

<sup>63</sup> Para Hobbes, buscar y obtener la paz y seguirla, es la primera de las leyes de la naturaleza. Es decir el primer precepto o regla general que la razón encuentra por la cual se le impide a los hombres hacer aquello que sea destructivo para su vida o que le arrebate los medios de preservar la misma. “Todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida que espere obtenerla, y que cuando no puede obtenerla, puede entonces buscar y usar toda la ayuda y las ventajas de la guerra”... “(así)... la primera y fundamental ley de la naturaleza es buscar la paz y seguirla, y la segunda la suma del derecho natural, que es defendernos por todos los medios que podamos”. (HOBBS, Thomas, *Leviatán*, trad. de Antonio Escotado, Colección Deusto, Ed. Planeta, Barcelona, 2018, 99 y 100).

<sup>64</sup> “Los conceptos doctrinales deben desempeñar una función doble, tanto de crítica constructiva de *lege ferenda* de la legislación vigente, como de guía en la aplicación de esta última de *lege lata*.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, 54-55.

<sup>65</sup> No se distingue entre distintas clases de derechos y de deberes. *Todos parecen ser lo mismo*. Así, por ejemplo, DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, 132: “toda causal de justificación concede un verdadero derecho. En base a esto se deduce que el titular del derecho puede hacerlo valer hasta el límite de la fuerza, si ello fuere necesario. Con lo cual quien se encuentre lesionado en sus intereses, por la persona que ejerce el derecho, carece del derecho de defensa frente a quien tiene su acción justificada...”.

c) De hecho se pierde de vista, y casi ni la doctrina nacional ni la jurisprudencia lo mencionan, la cuestión principalísima en esta discusión: “*el castigo*”<sup>66</sup> o “*el sacrificio*” de un *inocente* para permitir al necesitado salvarse del peligro que lo amenaza. Ello es tan evidente que hasta parece consciente.<sup>67</sup> No se observa tratamiento ni respuesta alguna, a las razones por las que un sujeto en peligro (amenazado por otro sujeto o por un mal natural que circunstancialmente *a él le tocó*), puede evadirse de ese peligro afectando a un *tercero, a quien nada le tocó*. ¿Qué hay de bueno en ello; en *usar* a uno como medio para fines de otros? ¿Qué tiene de beneficioso abrir el conflicto a un tercero extraño en lugar de dejarlo limitado a los términos en los que se presentó?

d) No tenemos la menor idea de *cuánto menor debe ser el mal que se causa al inocente* en comparación con el que evita. Menor, claro, ¿pero *cuánto menor*? Y, sobre todo, ¿cómo saberlo y cuáles serán los *criterios para la comparación de su peso relativo*?

---

<sup>66</sup> Podría cuestionarse el uso de esta expresión: “castigo” del inocente. Se dirá, con razón, que en rigor “no se lo castiga”, porque el castigo es un mal merecido por aquello que se hace. Y si algo caracteriza al tercero inocente es, precisamente, “que no hace absolutamente nada” para *merecer* aquello que “le cae y se le impone”. Estoy bien de acuerdo. Pero insistiré en el uso de la expresión (junto a las más precisas “deber de soportar” o “de tolerar”) porque evidencia mejor la injusticia. Y porque alguno puede pensar, de hecho *el marxismo* así lo entiende, que el delincuente no es responsable ni merecedor de castigo alguno por lo que hace y que quien resulta responsable es la sociedad (aquél es sólo una *victima alienada* del sistema capitalista burgués y, por tanto, tienen ustedes al responsable...). Bajo esa misma óptica, tampoco el necesitado es responsable del mal que le toca enfrentar, que le ha caído sin merecerlo, y acaso sí lo sea el inocente, a quien hay que castigar, derivándole el mal, porque esa es la mejor forma de cargarlo a una sociedad *marcada por* la inequidad, la insensibilidad y la injusticia. De otro lado, y bajo otra perspectiva ideológica y *discursiva* también opuesta a la que aquí defiendo, *el utilitarismo* ha sido siempre acusado de no dar razones para evitar el castigo de los inocentes al que puede conducir su doctrina. Y en este caso, es decir a la hora de justificar la causación de un mal al inocente para evitar un mal personal o social mayor, el argumento de la utilidad (del mayor beneficio para el mayor número) es también el que se utiliza. Aquí ya no importa que el que recibe el daño *lo merezca* o que haya *hecho algo* que lo merezca. Lo mismo que al inocente al que se pena (al que se castiga) le impongo el mal con un fin que lo trasciende. Es decir, *lo uso* como medio para fines que considero más valiosos.

<sup>67</sup> Un caso cualquiera, y una sentencia que tiene sus años pero que podría ser de hoy, muestra el problema. Dijo el Juez: “El estado de necesidad concebido como causa de justificación, presenta la situación del autor que obra para salvar un bien jurídicamente prevaleciente, lo que no sólo lo coloca en la condición de un no subordinado contra el orden jurídico, como es el coaccionado, sino además de un cooperador para su mantenimiento. Es decir, que quien comete un hecho *prima facie* ilícito, para apartar el peligro de sí o de otro no actúa antijurídicamente si en el balanceamiento de los intereses en conflicto, especialmente de los respectivos bienes jurídicos y de los grados de peligro amenazados, prevalecen especialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. En el caso, *los productores rurales con motivo del dictado de una ley que los colocó ante la inminencia y creencia fundada de que perderían gran parte o todo el fruto de su trabajo realizaron una medida de fuerza consistente en el cierre de rutas y de esa manera llamar la atención de las autoridades a fin de que escucharan sus reclamos.*” (Juzg. Instr. San Rafael, 8.11.1983, “Juri, Julio W. y otros”, JA 1984-II-101). Los conflictos de los productores con el Estado que no cesa de producir medidas o de dictar normas que les impiden producir o les quitan lo que ganan, dan lugar en la Argentina a permanentes protestas con cortes de calles y rutas. También las presiones al Estado por más planes sociales, subsidios u otras ayudas de cualquier tipo para paliar carencias tan urgentes como permanentes. Pero en la sentencia, y en todos estos casos, se supone y dice que el derecho a la protesta es más valioso que la libertad o que la propiedad. O, peor, se entiende que la protesta violenta o coactiva (que no sólo llama la atención del gobierno sino que, fundamentalmente, lesiona derechos y libertades de todos lo que las sufren) prevalece sobre los derechos de los inocentes. En contra de esta idea, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Protesta”, en *Indret* 4/19.

Ello, a pesar de que la mayor preocupación y atención, ha sido puesta siempre precisamente en este asunto: el *de la ponderación de males* (que no es una – mucho más simple- comparación de bienes o de intereses). Lo que se ha hecho, en general, es empezar por la comparación abstracta de los bienes jurídicos en conflicto (por la constatación de las penas conminadas para su lesión en la ley penal), para sumarle después otros criterios, fundamentalmente referidos a la extensión y a la proximidad del daño que amenaza *vis a vis* el que se causa.<sup>68</sup>

e) A ese juicio de comparación de males no se integran criterios que, en mi opinión, no pueden faltar desde una visión liberalmente conforme. *No se le da importancia alguna ni al origen del peligro, ni a la relación (al vínculo) que cada uno de los protagonistas tienen con ese peligro como antecedente, y con la situación de necesidad como su consecuente.* En efecto, ausente está en la interpretación que se le ha dado al tipo de esta justificante, la circunstancia (o el hecho), de quién es el sujeto que ha generado ese peligro y qué sucede cuando la respuesta recae, precisamente, en quien resulta *responsable* por él (absoluta desconsideración por el estado de necesidad defensivo, recién advertida en el Proyecto de 2019)<sup>69</sup>. Y en todo caso, si ello debe jugar o no un papel, en su caso cuál y en qué lugar del análisis de la eximente.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Por todos, ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Manual...*, 498, señalan como criterios generales para la ponderación de los males: a) la jerarquía abstracta del bien jurídico; b) la intensidad concreta de la afectación, sea por lesión o por peligro, c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar y; d) la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.

<sup>69</sup> Sobre la necesidad de reconocer fundamentos distintos y de establecer reglas diversas para el estado de necesidad defensivo y agresivo, véase BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 93: “la multiforiedad de las situaciones de necesidad exige, bien un régimen individual diferenciado para cada una de ellas, o bien un régimen común laxo que permita, no sólo abarcarlas a todas, sino también tratarlas diferenciadamente”. Asimismo, BACIGALUPO, DPPG, §52/723 y 728.

<sup>70</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, por ejemplo, al ponderar “la escueta disposición” dicen que ello ahorró a nuestra doctrina una enorme discusión desarrollada en otros países (por ejemplo Francia y Alemania) en donde se ha considerado a todos los estados de necesidad como justificantes, o bien que la colisión de bienes iguales provoca una *no prohibición*, o se ha distinguido entre estado de necesidad agresivo y otro defensivo... Y concluyen: “en la ley argentina el inc. 3 del art. 34 establece claramente el estado de necesidad justificante” (ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Manual...*, 495). No distinguen, por tanto, estado de necesidad agresivo del defensivo, aunque reconocen que, en algunos casos en los que no se puede predicar “agresión” (procesos incontenibles desencadenados por imprudencia, v.gr. jinete que no sabe montar y animal que se le desboca causando un estropicio al jardín... casos fortuitos, v.gr. automóvil al que se le quiebra la dirección y asciende a la acera; vehículo que comienza a desplazarse sólo a una pendiente y obliga a quien está a su paso a golpear a otro), se pueden admitir conductas defensivas por parte de quienes ven amenazados sus bienes jurídicos, pero en los límites de la necesidad justificante o exculpante, según los casos...” (ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Manual...*, 483). En efecto, todos estos son casos que dan lugar al estado de necesidad defensivo, y que, por tanto, debemos distinguir y tratar. Por ejemplo: ¿tiene alguna importancia en la ponderación de *males* que el peligro proceda de una fuente *culpable*? Y ¿para los casos fortuitos, en los que el peligro provenga de fuente *no culpable* pero, sin dudas, *más vinculada* al necesitado que al inocente?

f) Tampoco sabemos, a partir de la ley, *si el hecho de que no haya un responsable detrás* del mal que amenaza, deja en la misma situación (en situación de *igualdad o de paridad jurídica*) *al necesitado* (al que la suerte eligió como destinatario del mal que lo afecta) y *al tercero extraño e inocente*, a quien la suerte todavía a nada llamó. En general la doctrina afirma que están en la misma situación jurídica, en una situación *de paridad*.<sup>71</sup> Pero, desde una visión liberal como la que aquí presento y defiendo, no parece justo (ni respetuoso del principio de igualdad) afirmar *paridad jurídica* cuando no existe *paridad de situaciones*: a uno le toca algo en suerte -o para su desgracia- y al otro no..., hasta que el primero... ¡lo mira y apunta! No se le da importancia alguna a otro aspecto que me resulta esencial. Esto es a la *decisión* (libre) que toma el necesitado amenazado por el peligro *de plantear o de no plantear el conflicto* y, tampoco, sobre su segunda decisión (también libre): hacia dónde (contra qué o contra quién) dirigir su acción de salvamento.

g) Quien tematiza una situación de necesidad, quien transforma “peligro que lo amenaza” en “conflicto” y con ello, la hace nacer, es siempre el necesitado. Esto tiene mucho sentido cuando una persona es la fuente del peligro que amenaza, y el conflicto que el necesitado plantea es en forma de reacción contra esa fuente de peligro. La injerencia en la esfera del afectado por la acción de salvamento se explica sin dificultad por el principio de responsabilidad. Pero, en cambio, cuando no existe un responsable por ese peligro (i.e. peligro derivado de la naturaleza) o cuando ese responsable no resulta reconocible, parece que lo natural es que el necesitado asuma su propia desgracia (*casus*) y no ande repartiéndola por allí. Y, mucho menos que afecte a un absoluto extraño –el inocente- que nada tiene que ver con el peligro que al necesitado amenaza.

h) Ninguna referencia se hace en la ley, aunque la doctrina y la jurisprudencia lo aceptan sin discusión, al *auxilio necesario de terceros*.<sup>72</sup> Puede que sea porque se entiende que cuando la ley dice “el que causare un mal...” se refiere tanto al necesitado cuanto al tercero que acude en su ayuda. O, acaso porque ese deber de auxilio de parte de un tercero en situaciones de necesidad justificante surge del art. 108 del CPA (delito de omisión de socorro). ¿Será que no se trata sólo de un olvido sino, más bien, de una omisión consciente

---

<sup>71</sup> Así, por todos, Mir Puig: “En legítima defensa se enfrentan dos sujetos que se encuentran en diferente situación ante el Derecho; mientras que el agresor infringe el derecho el defensor se halla en situación legítima frente a su agresor. *En cambio, en el estado de necesidad entran en conflicto sujetos que se hallan en la misma posición frente al Derecho: ninguno es aquí un injusto agresor.*” (MIR PUIG, DPPG, 10ma., 462).

<sup>72</sup> Por todos, Fontán Balestra: “... el mal puede haber sido causado para alejar el peligro para el que obra o para un tercero.” (FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, 300).

del legislador? Postulo que sí... El legislador no pudo olvidar a la figura del tercer auxiliador que sí prevé expresamente, por separado, cuatro incisos más abajo (legítima defensa de terceros, art. 34.7 CPA). Y tampoco pudieron olvidarla los nuevos proyectistas casi cien años después...

Más bien, entiendo que, en tanto sólo se pensaba en situaciones de estado de necesidad agresivo, la ayuda de parte de un tercero *no se quiso reconocer*. Y la verdad es que parece obligado en casos de legítima defensa y de su pariente cercano, el estado de necesidad defensivo, o hasta cuando el bien que se sacrifica pertenece al mismo amenazado por el peligro<sup>73</sup>, pero resulta de lo más dudosa y muy poco defendible desde una visión liberal de las cosas en los supuestos de estado de necesidad agresivo. Pregunto para clarificar el punto: *¿Podemos afirmar que existe un deber de ayuda a otro sujeto en peligro para afectar típicamente, y con dolo, a un inocente?* O, dicho de otro modo: *¿podemos decir que la ley nos impone el deber de lesionar la esfera de libertades de un inocente para ayudar a otro en peligro?* No me parece que la respuesta resulte tan sencilla o automática. Y, más bien, me inclino decididamente por la negativa.

i) Finalmente, y para concluir con este breve pero necesario *inventario*, suele afirmarse que el deber de socorro a una persona en peligro del art. 108 del CPA es “*una cláusula espejo*” del deber de tolerancia del inocente en estructura de estado de necesidad agresivo justificante. Y que ello es lo que podría explicar (o lo que, de hecho, *explica*) la omisión que recién apuntaba (la no previsión legal del auxilio necesario de parte de un tercero en la justificación por necesidad). Pero, como veremos, existen buenas razones para negar esa *relación especular* y, por tanto, que un deber tenga el mismo contenido o alcance que el otro.

Como se ve, tenemos muchísimo trabajo por delante.

---

<sup>73</sup> Ejemplo de Righi-Fernández: “*A*, al advertir que un camión sin control se dirige hacia donde está *B*, lo empuja, fracturándole una pierna... se justifica la realización del tipo de lesiones, porque se causó dicho mal para evitar otro mayor (la muerte de *B*)”. (RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 199). Estos no son casos a resolver en sede de justificación, sino supuestos en los que no podemos imputar objetivamente el resultado a la esfera de actuación de *A* quien, con su acción, no incrementó sino que disminuyó el riesgo que se cernía sobre la humanidad de *B*. No es que la acción de *A* esté justificada, ¡es que nunca fue típica!

## 2. ABC del estado de necesidad agresivo: “el uso” del tercero inocente.

*Fair is foul, and foul is fair*<sup>74</sup>

*Good Sir, why do you start, and seem to fear  
Things that sound so fair?*<sup>75</sup>

Si preguntara al lector si le parece legítimo (o también bueno, razonable, justo o tolerable) que un sujeto amenazado por un peligro cualquiera cause a otra persona un *mal menor* para evitarlo, muy probablemente la respuesta será un fuerte y convencido **“SÍ”**. Pero acaso emerjan las dudas -y decaiga el entusiasmo- ni bien se repara que, según esta eximente de la ley penal argentina, el sujeto, para salvarse del peligro que a él lo acecha, *puede causar un mal a un completo inocente y no recibir castigo alguno por ello*. Es decir, que la ley *permite* a un sujeto causar un daño a un tercero que no tiene responsabilidad ni competencia alguna por el peligro que amenaza, pero que resulta ser (o que acaba siendo) el medio o instrumento elegido por quien se encuentra en riesgo para lograr su propio escape o salvación. De eso se trata el estado de necesidad agresivo.

Puede que el (desafortunado) inocente, simplemente, “pase por allí” o que su persona o bienes “estén al alcance” en la emergencia (caso de la viejita en la plaza). Ello, se afirma, ya resulta suficiente, en principio y en los términos de la ley, para que *deba* soportar el mal (el daño) siempre que el sujeto en una *situación de necesidad* (requisito básico de la eximente), le cause un *mal menor* a aquel que lo amenaza (*requisito de la ponderación*), que no exista otra alternativa para resolver el conflicto (*requisito de la subsidiariedad o de la necesidad*), que el necesitado no lo haya provocado (*requisito de la extraneidad*) y que actúe *por* evitar el mal que lo amenaza (*requisito subjetivo*). Así, se dice, “si el estado de necesidad es una causa de justificación, tal deber de soportar la acción de salvaguarda (tal deber de sacrificio) se corresponde con los principios del actuar justificado. Esta acción debe ser soportada por aquel frente al cual está justificada”.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> “Lo bello es feo, y feo lo que es bello”. SHAKESPEARE, *Macbeth*, I.i.10.

<sup>75</sup> Señor di, ¿por qué te estremeces? ¿Por qué te asusta lo que tan bello suena? Cit. I.iii. 50-51.

<sup>76</sup> FRISCH, Wolfgang, “Derecho Penal y solidaridad (a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión de socorro)”, trad. de Patricia Ziffer y de Luis Emilio Rojas, *InDret* 4/2016, 4.

Resulta evidente, salvo indisimulable cinismo, que ese daño que se causa *no se permite en consideración al inocente afectado por él*: no se lo permite “por el propio bien del inocente”. Se lo habilita por el bienestar de otro (del necesitado, quien, merced al sacrificio del inocente, se salva del peligro), o de los otros (de la comunidad).<sup>77</sup>

Así, de un lado, tenemos al necesitado personalmente amenazado por un peligro, a quien la sociedad o su sistema de Derecho le dan o le *permiten* una salida para la situación de emergencia que enfrenta, lo que, en principio no parece objetable. Pero, del otro lado, tenemos a una persona que resulta víctima de la injerencia salvadora y a quien la sociedad o su sistema de Derecho, le reclaman e imponen el *deber de soportar* el daño. El “*deber de tolerarlo*”. Ese sujeto sobre el que recae la acción de salvaguarda (el daño típico), bien puede que sea *responsable* de la situación (el generador del peligro que al necesitado amenaza). Si es fuera el caso, es decir si quien soporta la respuesta y el daño es el responsable de la situación de peligro que él mismo crea en la esfera de libertad (de intereses o de derechos) del necesitado, no tendríamos mucho reparo en legitimar el daño que se le causa porque, de algún modo, recibe como respuesta aquello que libremente generó, “aquello que se merece”.<sup>78</sup>

Pero la cuestión (y la solución), se complican, y mucho, cuando quien termina siendo afectado es un completo inocente, es decir cuando el amenazado por el mal (por el peligro) utiliza como salida el recurso a la afectación dolosa de una persona que, sencillamente, *nada tiene que ver* con la situación de necesidad. El sujeto en peligro se salva “*a costa de un inocente*”. Estos son los supuestos de estado de necesidad agresivo.

¿Por qué es que permitimos que un mal actual y también futuro (que nadie, por ello, puede afirmar se producirá, sino que –sólo- se anuncia, acaso, como de probable concreción) se transforme en otro mal para un tercero inocente, esta vez en un mal actual, real y que se concreta en un daño?<sup>79</sup> ¿Por qué es que permitimos a un sujeto *en peligro* (y que *ya está*, por

---

<sup>77</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, (trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1995, 11/3: “... se recurre a la víctima de la intervención en interés de otras personas, sobre todo, de la generalidad”. Cinismo o la expresión de una forma de paternalismo: “como te quiero y te cuido, te hago mejor persona y mejor ciudadano con tu sacrificio”.

<sup>78</sup> Este deber de tolerancia, sólo es sencillo de explicar materialmente en los casos de estado de necesidad defensivo. En estos casos el deber de soportar se fundamenta en la organización defectuosa del propio ámbito de organización por parte del afectado por la acción en estado de necesidad (FRISCH, 4). Dijimos que quien genera el peligro pierde, merced a su acción, la protección jurídica (es decir que sus intereses no pueden ser ya considerados “jurídicamente protegidos” y libres de injerencias ajenas).

<sup>79</sup> Dice Pufendorf: “He who justifies the end is regarded also as justifying those means without which the end cannot be obtained, for otherwise nothing would have been done. From this it follows that, if the means are illicit or impossible, I am not held to that end which cannot be obtained without them. And from this it follows that *evil ought not to be done in order that good may result*, because no one is regarded as being bound to that good



lo tanto, de algún modo *vinculado a él, porque a él le tocó*) pueda desplazar, de buenas a primeras, ese peligro a la esfera de derechos del *inocente*, de ese absoluto extraño por el peligro, a quien no es responsable por él, a quien no lo provocó y a quien tampoco “le tocó”?<sup>80</sup>

Este es el problema fundamental de la justificación (del permiso) que presentamos aquí. Se trata, se afirma sin dudar, de una *situación de conflicto entre intereses legítimos*, los del sujeto amenazado por un peligro –el *necesitado*–, y los del tercero convocado, arrastrado y destinado al sacrificio –el *tercero inocente y extraño*–, y en la que *el peligro* para uno, *sólo se puede combatir a costa del legítimo interés de otro que no participa en la puesta en peligro* (como sí lo es, por ejemplo, el *agresor* en la situación de la legítima defensa o del *cuasi agresor* en estado de necesidad defensivo).<sup>81</sup> Ella reconoce al necesitado el derecho de salvarse del peligro (*derecho de salvaguarda*) a través de la lesión a un tercero inocente (*derecho de injerencia lesiva* en la esfera de libertad de un tercero inocente). Y, a la vez, le impone a ese tercero inocente (al único verdadero *tercero* en la situación, *extraño* al mal que amenaza, en todos los sentidos posibles de la palabra), la obligación de tolerar la injerencia lesiva en su propia esfera jurídica (le impone el *deber de soportar*), con evidente afectación de su autonomía y de su dignidad. Es evidente que explicar esta situación que beneficia a uno (o, si queremos ser tan generosos como imprecisos, “a la sociedad toda”) en claro desmedro de otro al que nada le tocó y que por, por cierto, “nada se merece”, supone un verdadero desafío para cualquier sistema legal penal de corte liberal.<sup>82</sup>

¿Será la idea de maximización del interés general – respuesta desde la ética utilitarista- lo que justifica que “se utilice” y, además, “que se ataque” al inocente? ¿Será acaso que el mero hecho de vivir en sociedad, en comunidades (que, por lo demás, son cada vez más complejas, impersonales y anónimas) resulta una razón suficiente para validar el

---

which it is not given him to attain without wrongdoing.” (PUFENDORF, Samuel, *Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence*, Liberty Fund, Indianapolis, 2009 I, Def. XI, n. 5).

<sup>80</sup> Ver COCA VILA, *La Colisión de deberes...*, 509-510, se pregunta: “¿Por qué es que yo debería tolerar la injerencia de un extraño al que amenaza un peligro que no me es imputable?”. Ver también *infra* nota 85.

<sup>81</sup> JAKOBS, DPPG, 13/1.

<sup>82</sup> PAWLIK, Michael, “Solidaridad como categoría de legitimación jurídico penal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante”, *Revista de Estudios de la justicia*, Nro. 26, 2017, 222-247. Aquí, 222. Asimismo Wilenmann: “la pregunta sobre las razones por las cuales puede ser obligatorio soportar una agresión típica sin injerencia alguna en el peligro que se trata de repeler, parece requerir de inmediata justificación sustantiva... es una pregunta fundamental de justicia práctica o política y parte central de la institución en cuestión”. (WILENMANN, *La justificación ...*, 30 y 31).

traspaso del mal que a cada uno le tocó en suerte hacia la esfera del tercero?<sup>83</sup> ¿Es acaso la apelación al *gelatinoso* argumento de la *solidaridad* (social, interpersonal, intersubjetiva) una razón convincente y suficiente para validar esa transferencia del mal al que el destino me enfrentó, o que sólo a mí me deparó? Pues sí, esas son las respuestas que se nos dan: *mal menor por mal mayor* (mayor beneficio neto individual o general que perjuicio o daño individual) y *deber de soportar* basado en la inconsistente y poco convincente idea de la *solidaridad*.<sup>84</sup>

Y no me gustan; no las valoro aceptables ni justas. Por lo demás, la respuesta no resulta para nada evidente, ni para la filosofía moral ni para la ciencia del Derecho. Para empezar, la intromisión lesiva en la esfera de libertad y de derechos de un inocente parece constituir una palmaria infracción de los principios rectores de la autonomía individual y de la dignidad de la persona humana.<sup>85</sup> Una violación a la primera de las leyes morales que dice “*todo aquello que requerís otros os hagan, hacédselo a ellos*”<sup>86</sup> y “*no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan*”. Y que es la regla de control y de conformidad con la justicia que, por ejemplo, Hobbes recomienda usar para examinar *fácilmente todas las leyes*

---

<sup>83</sup> Sobre la aparición de nuevos riesgos como fenómeno social estructural de esta “sociedad de riesgos” (entre los que destacan los de procedencia humana); sociedades de enorme complejidad en las que la interacción individual –por las necesidades de cooperación y de división funcional- ha alcanzado niveles desconocidos hasta ahora; y sobre la consecuente disminución de las esferas de autonomía individual, como algunas de las características salientes de las sociedades contemporáneas, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2da. ed., 2001, 27 a 30.

<sup>84</sup> Por todos, HILGENDORF, Eric - VALERIUS, Brian, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 2da. ed. alemana por Dias y Sancinetti, Ad Hoc, Buenos Aires, 2017, 106: “el principio de *solidaridad* autoriza a menoscabar los bienes jurídicos de un tercero ajeno al conflicto”.

<sup>85</sup> Dice Silva: “No resulta fácil explicar por qué un tercero ajeno a la situación de necesidad debe tolerar la intervención del sujeto necesitado o de su auxiliador, abandonando sus bienes a la acción de éstos”. Y recoge esta muy sugerente cita de Jakobs (*Sobre los grados de la incumbencia, reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión* –trad. FEIJOO- RPDJP 4, 2003, 205) “... la agresión en el estado de necesidad agresivo sucede responsablemente y por ello tendría que ser tratada conforme a las reglas de la legítima defensa. Los ámbitos de organización del beneficiado y del perjudicado no están vinculados ya conflictivamente, sino que el que se encuentra en la situación de necesidad exige a alguien con el que hasta entonces no había tenido contacto (¿por qué precisamente a él?) un sacrificio”. (SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva”, 30).

<sup>86</sup> Manifestaciones de la llamada “regla de oro de la ética” pueden verse en toda la tradición filosófica liberal. Ya desde Epicuro, y después en Hobbes, Locke, Bentham, Mill, Kant, y Popper etc. También en las religiones. En el Evangelio, Levítico 19:18 “amarás a tu prójimo como a tí mismo”; en la Torá del judaísmo, “lo que es odioso para tí no se lo hagas al prójimo”; en la Udanavarga 5:18 del budismo: “no hieras a los otros de una forma que tú mismo encontrarías hiriente”; en el confucianismo (Analects XV:18): “no impongas al otro lo que no te impondrías a tí mismo”, etc.

*naturales*.<sup>87</sup> Y también la que inspira el imperativo categórico de Kant, tanto en la primera<sup>88</sup>, como en la segunda formulación.<sup>89</sup>

Preguntémosnos si no: ¿Por qué habría yo de querer convertir en *máxima de actuación universal* –en una regla práctica universalmente válida- que la salida a la emergencia que a mí me apremia suponga el sacrificio de un inocente? ¿Por qué se nos ocurre siquiera imaginar que todos aceptamos sin reparos que librarnos de un problema, a costa de la entrega o del sacrificio de inocentes, constituye el obrar ordinario y aquello que yo también espero que a mí me hagan?<sup>90</sup> ¿Podemos (estamos habilitados a), usar a una persona de un modo meramente instrumental, es decir sirviéndonos de él como si se tratara de una cosa?<sup>91</sup> ¿Si por ventura o azar *me toca el raro privilegio*, es decir si resulto ser el *ofrecido al sacrificio en beneficio de otro o del colectivo social*, podemos decir que *quiero*, que acepto en cualquier caso ser utilizado, ser *usado* para que otro supere su propia emergencia y para que la gente viva más feliz? (¿Y realmente puedo decir “*que eso hace a la gente más feliz*”?). En fin, ¿no constituye esta exigente el *paradigma de la cosificación* del hombre; de su empleo para los fines de otros?

Yo creo que sí y, que además, no puede haber ejemplo más claro. Es decir que, efectivamente, es el paradigma de todo aquello que los liberales intentamos evitar. Pongamos algunos ejemplos ya mismo:

---

<sup>87</sup> “(El hombre) no tiene que hacer otra cosa que, pesando las acciones de otros hombres en relación con las tuyas, cuando le parezcan demasiado pesadas, ponerlas en la otra parte de la balanza, y las tuyas propias en su lugar, para que sus propias pasiones, y amor propio, no añadan nada al peso; y entonces no habrá ninguna de estas leyes de la naturaleza que no le parezca muy razonable”. (HOBBS, *Leviatán*, 118-119).

<sup>88</sup> “Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que, al mismo tiempo, se convierta en ley universal” (KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. Las Cuarenta, Buenos Aires, 2012, 46).

<sup>89</sup> “Obra de modo tal que nunca trates a la humanidad, sea en tu propia persona o en la persona de cualquier otro, como un mero medio sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí mismo” (KANT, *Fundamentación...*, 84).

<sup>90</sup> Agradezco, y valoro, que un amigo acepte escuchar el problema que me angustia; que ocupe su tiempo y su atención en ello y hasta, acaso, que me de alguna idea para superarlo. Pero cuando esa generosa y libre colaboración termina, yo me voy con mi problema. Eso es todo lo que, como amigo, puedo quizá exigir y hasta tenga la legítima expectativa de recibir. Lo demás, por caso una acción positiva de corte altruista de mi amigo poniéndose en acto de resolver mi problema, ya no será exigible y dependerá sólo de su libertad. No resulta legítimo tampoco, que yo tenga una legítima expectativa a “ese algo más”, ni justo me parece siquiera que me lo plantee como posible o como deseable.

<sup>91</sup> Kant distingue entre las cosas y las personas de este modo: *cosa* es todo aquello de valor relativo como medio y que puede ser utilizado de un modo meramente instrumental; en cambio *persona* es aquello que existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad” (KANT, *Fundamentación...*, 93).

### **Caso 1. “Perro malo”**

*El perro bravo, enorme y de raza, amenaza engullirse al pequeño y feo pichicho de Eusebio. Éste toma un palo y se lo clava en la boca, lastimándolo mucho (o le da un puntapié y le quiebra su pata delantera derecha).*

En este caso, el sujeto amenazado por el peligro (la pérdida de su perro) encara, a sus expensas y a su suerte, la salvación de la situación, reaccionando contra la fuente de peligro. Causa un mal, claro (el daño al perro malo), pero también ha hecho algo indudablemente valioso: ha resuelto la situación que a él le tocó, sin comprometer a otro, sin involucrar a un inocente en la escena (estructura de estado de necesidad defensivo).

### **Variante 1. Viejita atacada y aterrada:**

*Eusebio ve a una viejita que viene caminando lentamente por la plaza con un bastón. Se abalanza sobre ella y le arranca su bastón, para espantar al perro, cosa que consigue. La viejita queda aterrada y tambaleando en el aire.*

### **Variante 2. “La viejita atacada, lastimada y aterrada”:**

*El perro feo, malo y agresivo, tiene muchas piernas para elegir en la plaza. Pero es claro que ha elegido morder la pierna de Eusebio... ¡Y allí viene! Eusebio arrebató el bastón a la viejita, que justo se ha detenido, según parece, para separar escrupulosamente los caramelos que lleva para sus nietos, y le causa un pequeño moretón en su mano;*

Ahora ya no resuelvo sólo aquello que el destino me deparó. No devuelvo el peligro (el mal) a la fuente en donde se generó. Lo reparto, “lo socializo”. Involucro, a la fuerza, a un tercero inocente en la escena. Y, por cierto, que sin preguntarle nada (situación de estado de necesidad agresivo). Veamos más ejemplos.

### **Caso 2. “Fuego”:**

*Felipe sufre un desperfecto en la cocina a gas de su casa y se inicia un incendio que amenaza consumirla. Felipe, carece (por su propia culpa. i.e. “no lo consideraba necesario) de extinguidor. Corre hacia la propiedad de su vecina Sandra, a quien sabe ausente pero que sí tiene un extinguidor. Rompe la puerta, toma el aparato y apaga su incendio.*

### **Caso 3. El médico sale de caza: “necesito tu sangre”.**

*El médico necesita, con urgencia, sangre de un grupo y factor extraños para transfundir a un paciente gravemente herido. Pregunta en la guardia si hay allí alguno con esa sangre y Benicio, que acudió para una observación menor, levanta la mano... De inmediato, el médico ordena a dos enfermeros que lo sostengan y le extraen, por la fuerza, la cantidad necesaria de sangre para salvar al paciente.<sup>92</sup>*

**Caso 3.1. (Variante) “Necesito tu piel”.**

*Lo que el médico necesita ahora es piel para trasplantar a un quemado grave. Procede del mismo modo con Benicio.*

**Caso 3.2. (Variante): “Necesito uno de tus riñones”.**

*Y ahora, el incansable médico lo que necesita es un riñón para trasplantar a quien lo espera sin éxito desde hace tiempo y morirá en breve si no lo tiene. Procede del mismo modo con Benicio.<sup>93</sup>*

**Caso 4. “Otra vez un perro, ahora, en el concierto”:**

*En un concierto sinfónico al aire libre, un perro se suelta de su dueño y se abalanza sobre el director de la orquesta por excitarle sus movimientos; el artista se defiende con su batuta, clavándosela al perro en la garganta, y lo mata.*

**Caso 4.1. (Variante):** *El director se protege arrebatando al violinista el instrumento y colocándolo delante del animal para cubrirse.*

**Caso 4.2. (Variante)** *El violín es un Stradivarius.<sup>94</sup>*

Todos los casos presentan supuestos de intervención lesiva en la esfera de derechos de otros. Algunos en forma de defensa hacia la fuente peligro (casos 1 y 4 en su presentaciones originales). Otros, en forma de acción agresiva hacia un completo inocente (todos los demás).

Pero procede advertir que el sujeto con *status* de *inocente* no es, por cierto, un ser ideal, anónimo o indeterminado, sino una persona concreta (de carne y hueso) sobre el que el

<sup>92</sup> Caso clásico “de la extracción de sangre” de Wilhelm Gallas. Cita, por todos, en WILENMANN, *La justificación...*, 649.

<sup>93</sup> Un caso similar, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; CORCOY, Mirentxu y BALDÓ LAVILLA, Francesc, *Sistema de Casos prácticos de Derecho Penal –Parte General- con soluciones*, Bosch, Barcelona, 1993, 232. Pero, esta vez, el enfermo es hijo del médico: “Juan, médico cirujano en un Hospital, tiene un hijo gravemente enfermo del riñón, internado en dicha institución. Si no obtiene un riñón para trasplantarlo, el joven morirá en cuestión de horas. Ante esta situación, Juan anestesia a un paciente que ha acudido al Hospital a una observación rutinaria, le extrae un riñón y se lo trasplanta a su hijo, salvándole la vida.”

<sup>94</sup> Caso, en todas las variantes que presento, de SAUER, Guillermo, *Derecho Penal (Parte General)*, trad. de Juan del Rosal y José Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956, 198. En su caso se trata de un violoncelo. El mismo autor admite la legítima defensa del violoncelista si el violoncelo es un Stradivarius... Y también plantea, como alternativa, la defensa contra la cosa (en el caso el animal) de parte del director con su propia batuta “el artista le mata clavándole la batuta en la garganta...” (op. y loc. cit).

necesitado (o, para quienes lo admiten, el tercero que lo auxilia) actúa lesivamente y con la máxima intensidad (con dolo). Es la viejita de la plaza y del bastón; es la dueña de la casa violentada e intrusada para sacar el matafuegos; es la persona (humana)<sup>95</sup> a la que se le extrae compulsivamente la sangre, arranca la piel o el riñón; es el violinista. Una persona que también tiene el derecho (y la legítima expectativa) de que su esfera de libertad, su autonomía (su plan de vida), y, por cierto su dignidad, se respeten. Pero que, sin embargo, sin infracción al primer y principal deber que todos como ciudadanos tenemos (el de no dañar a otro) y sin merecimiento alguno de su parte, será el destinatario de la acción de salvamento, es decir, del daño típico. Digámoslo sin ambages: la víctima de la agresión dolosa del sujeto amenazado por el peligro. Adviértase que trocamos (en extraña operación que la ley parece habilitar) “*probabilidad de daño* a aquel a quien la suerte naturalmente eligió”, por “*daño seguro y directamente dirigido* a un inocente”. Y, en virtud de esa “preferencia”, le permitimos al necesitado (a quien se le reconoce un *derecho*) injerirse lesivamente en el mundo del inocente. Valiéndome de estos ejemplos, presentaré algunas cuestiones que aparecen de inmediato:

a) ¿Estamos autorizados (tenemos derecho) a injerirnos lesivamente en esferas de libertad ajenas ante la primera necesidad, “de buenas a primeras”? Si la respuesta es positiva, ¿por qué? Si es negativa, ¿Cuándo?

b) ¿Por qué *Felipe* tiene el *derecho* de proceder típicamente (lesivamente) contra la propiedad de su vecina *Sandra* para salvarse del fuego? ¿Acaso *Felipe* no debería haber tenido un extinguidor (como sí lo tiene su vecina)? ¿No *organizó mal su vida* (y la libertad de organización implica responsabilidad por la propia organización defectuosa), de modo que su defecto de organización acarreó necesidades que, de otro modo, no existirían?

c) ¿Da lo mismo que *Eusebio* encare al perro a sus expensas y a su suerte a que arrebatte el bastón a la viejita, para utilizarlo contra el perro, y que la lesione siquiera levemente? O que el director de la orquesta se defienda del ataque del perro con su propia batuta a que arrebatte el violín ajeno para colocarlo delante de la bestia con daño a su propietario? ¿Tiene algún valor -y por tanto alguna significación a la hora de comparar males-

---

<sup>95</sup> Parece mentira que deba adjetivar el sustantivo. Pero es que existe una fortísima corriente científica, filosófica y de opinión, que ha encontrado además alguna adhesión en los jueces argentinos que considera a los monos, en la especie orangután o chimpancé, “*persona* no humana”. Alguna referencia a uno de los principales exponentes de estas ideas, el australiano Peter Singer, haremos en breve.

el que asumamos aquello que nos toca y el que lo resolvamos como mejor podamos? Anticipo que hoy, y hasta donde alcanzo, ninguna... Y si, como creo, efectivamente la tiene: ¿cuál?

d) Cuando un peligro nos amenaza (a nosotros): ¿estamos habilitados a transferir el mal que nos acecha a un tercero? En su caso, ¿en qué supuestos se nos permite el tal *reparto*? y, en todo caso, ¿por qué?

e) Cuando el peligro amenaza a otro/s: ¿estamos dispuestos, o más, estamos obligados, a un sacrificio (¿completo, medio, mínimo?) de nuestra persona, de nuestra libertad o “de lo nuestro” en estado de necesidad? ¿En su caso, en qué supuestos? ¿Y, en cualquier caso, por qué? E (interesante): si el peligro amenaza a un tercero y yo puedo intervenir en su auxilio, ¿puedo hacerlo contra un inocente o sólo puedo ir contra la fuente generadora del peligro?

f) ¿Puede una persona, aún cuando sus motivos sean ponderables y/o urgentes (i.e. salvar una vida), *arrancar* a otra su sangre, su piel, o una parte de su cuerpo?

Estas pocas preguntas preliminares exhiben ya algo evidente:

Que en cuanto reconocemos un *derecho* a alguno le imponemos un *deber* a otro. Un derecho tiene siempre como contracara un deber, esto es, la limitación de la libertad de otro. Y es por eso es que hay que andarse con mucho cuidado.

Para comprender adecuadamente una institución del Derecho, o en el caso, un instituto penal específico, necesitamos “identificar el fundamento de su legitimidad según la teoría de la libertad”.<sup>96</sup> Y *según la teoría de la libertad*, a lo menos en sus términos clásicos, pues ninguna de estas preguntas puede recibir una respuesta positiva. Desde una visión liberal, es a dos cuestiones, a dos valores centrales, a dos principios, a los que debemos prestar especial atención y que aquí aparecen muy comprometidos o más bien del todo olvidados: *a la autonomía individual y a la dignidad de la persona humana*. Dedicaré buena parte de mi trabajo a ello.

Es que si la base de un sistema jurídico, y también del penal, es el respeto a la *libertad negativa* de las personas, es decir aquella que consiste en que el individuo no resulte muerto, lastimado o despojado de lo suyo, sino tampoco siquiera molestado en el empleo legítimo y en la administración de sus derechos y en la libre elección y determinación de sus

---

<sup>96</sup> PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante”, *InDret*, 4/2015, 3. “A más tardar a partir de Kant y Hegel, pertenece como bien común a la Filosofía del Derecho el juicio relativo a que el Derecho y la libertad van inseparablemente de la mano. Es la idea de la libertad la que proporciona el fundamento (y además los límites en materia de legitimidad) del orden jurídico en su conjunto y del Derecho penal en particular”.

preferencias en la medida en que, de su parte, no perjudique la esfera de derechos y libertades de los demás, aquello que usualmente se admite como el ejercicio de un *derecho* (la lesión que el necesitado infringe al tercero inocente y que éste, en virtud de lo que normalmente se afirma, tiene el *deber* de soportar), parece representar una violación directa al principio de respeto a la *autonomía individual* y a la *dignidad* de ese afectado. Sencillamente se lo utiliza, se lo “usa” (se lo instrumentaliza o emplea como vehículo o instrumento para el provecho de otro, o de “otros”) y no se lo considera y respeta como lo que es: un fin en sí mismo.<sup>97</sup>

Adviértase, para clarificarlo mejor (y para empeorar las cosas), que “no es cualquier daño” el que el necesitado puede *legítimamente* causar al tercero inocente: se trata de un daño *típico*, es decir dotado de una significación especial, en tanto previsto en la ley penal y castigado, en general, como un delito. De lo que se trata, precisamente, es de decidir si ese daño penalmente típico que se causa al tercero inocente resulta justo o injusto, permitido o prohibido (*justificado*), tolerable o intolerable, socialmente aceptable, o inaceptable. Y no sólo para la “gran generalidad”, sino también, *personalmente* tolerable o aceptable. De lo que se trata es, nada menos, de cuándo es que puedo, si es que puedo, y cómo es que puedo y por qué, usar a otro, servirme de él, para escapar de un peligro que a mí me tocó en suerte.

Repárese, finalmente, que si el peligro amenaza la vida del necesitado, e interpretamos literalmente el texto de la ley, ¿podría incluso lesionarse al tercero inocente para salvarla!<sup>98</sup> O justificarse la muerte de uno para salvar a cinco, a diez o a mil personas. O permitir la muerte del moribundo, o del anciano achacoso, para salvar al joven sano y espléndido; o, finalmente, por ejemplo, que la lujosa vestimenta de una señora rica, se salve a expensas del sorprendido mendigo a quien ésta arrebata su paraguas.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> Aunque la sociedad en su conjunto resulte beneficiada con la preservación de un bien mayor de un individuo a costa del sacrificio de un bien menor de otro, el Estado no puede permanecer indiferente ante esa utilización de ciertos individuos exclusivamente en provecho de otros e indirectamente en el de la sociedad en su conjunto (NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980, 476).

<sup>98</sup> En el caso de la extracción forzada de un riñón del paciente sano para salvar a un moribundo que lo necesita con premura, Nino reflexiona: “como la vida es objeto de mayor protección jurídica que la integridad corporal y la libertad, *debería concluirse, lo que es fantásticamente absurdo, que la conducta en cuestión está justificada*”. NINO, *Los límites...*, 475. (Destacados míos).

<sup>99</sup> Ver, entre los ingleses, Ashworth y Horder: “Any residual permission of this kind must be carefully circumscribed. It involves the sanctity of life, and therefore the highest value with which the criminal law is concerned...” Y cuando se refieren a la cláusula de estado de necesidad (*lesser evils*) del Model Penal Code norteamericano, dicen: “it fails to restrict the application of the defence to cases of imminent threat, opening up the danger of citizens trying to justify all manners of conduct by reference to overall good effects” (ASHWORTH, Andrew & HORDER, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2013, 131. Entre nosotros, “... la ley tampoco establece limitación relativa a los bienes jurídicos que pueden afectarse por la acción necesaria...” (RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 199).



Es tiempo entonces de que nos preguntemos por qué es que el Derecho *permite a unos* semejantes conductas (estos verdaderos privilegios en forma de *derechos de salvaguarda*), al tiempo que *somete a otros* (los obliga a soportar el daño que de ellas deriva), en forma de *deberes de soportar o de tolerar*. Frente a este panorama, y a la hora de dañar a un inocente, si es que sinceramente deseamos un sistema que resulte respetuoso de la persona y de sus libertades (de su dignidad y de su autonomía), la primer pregunta que parece necesario hacer es: ¿dónde se dice que está y cual es el fundamento de ese *derecho de injerencia lesiva* en las esferas de libertad de los inocentes destinatarios de la acción y de su correlativo *deber de tolerar o de soportar*?<sup>100</sup>

### 3. ¿Por qué se sostiene que podemos *usar* a un inocente?

Tradicionalmente la respuesta ha sido que el sacrificio del inocente se permite “por razones objetivas”, esto es, por el mayor interés que el Derecho, y la sociedad, tienen de que en un caso de conflicto de bienes o de intereses sobreviva o prevalezca el bien o interés mayor. Así, se han distinguido primero en la doctrina y luego en la ley, esas “razones objetivas” de las “razones subjetivas”, que toman en cuenta el ánimo del autor, básicamente *el temor* (Alemania, § 34 y § 35 StGB; Argentina, art. 34.3 y 34.2. CPA). Éste, el miedo, puede estar presente tanto en uno como en otros casos, pero cuando el Derecho *disculpa* (perdona) lesiones en la esfera de libertad o de derechos de otro, no percibe mayor valor en ello sino que, más bien, *se resigna* frente a la imposibilidad de reprochar ese injusto (que se declara existente) a un autor que no ha tenido un espacio mínimo de libertad de acción y que, por ello, no revela con su conducta, que se verifica tan condicionada, una actitud suficientemente merecedora de reproche, de cuestionamiento, y de castigo.

En cambio, cuando el Derecho *permite* una lesión a la esfera de libertad o de derechos de otro, lo que la mayoría entiende es que lo que hace, en rigor, es actuar la voluntad de la ley (y de la sociedad a la que sirve). Consigue, merced a su acción típica, un resultado objetivo que aparece como socialmente beneficioso o útil, a pesar de que, del otro lado, pueda quedar

---

<sup>100</sup> “Deber de tolerar”, señala Silva, también predicable del Estado respecto de la acción salvadora emprendida por el necesitado (que no obra antijurídicamente). Los órganos del Estado no pueden impedir su realización y, desde luego, una vez realizada, no pueden someterla a pena (SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva...”, 26). Entre nosotros, por ejemplo, Righi-Fernández “las causas de justificación generan un deber de tolerancia, en cuya virtud una persona agredida debe soportar su ejercicio” (RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 184).

un inocente “vencido” o sacrificado en el altar de la justicia o, mejor, del bien general o común...<sup>101</sup>

Parece haber acuerdo en que las causas de justificación *son motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido*. Se lo permite o acepta como *socialmente soportable* sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación. Decía Von Weber que “la función del tipo penal es la descripción de la conducta valorada como criminal. Pero esta descripción, con frecuencia, excede de la medida querida y se hace necesario acotarla con excepciones que, cuando tienen lugar, *hacen que las conductas descritas y normalmente antijurídicas, se declaren conformes a derecho*.”<sup>102</sup> Más cerca en el tiempo, afirma Jakobs que el comportamiento justificado se distingue del antijurídico pero no culpable, en que aquél no muestra (una) falta de motivación jurídica dominante, y el antijurídico, pero no culpable, sí.<sup>103</sup> Por su parte, Mir Puig, que “*el fundamento material de las causas de justificación, en sentido estricto, puede verse en una situación de conflicto, que se produce en el momento de la conducta (ex ante) y que ha de confirmarse después (ex post) como efectivamente concurrente, entre el valor propio del bien jurídico penal atacado y otros intereses que el Derecho considera prevalentes*”. Las causas de justificación *excluyen tanto el disvalor de la conducta como el disvalor global del resultado...* lo que puede generar el **deber de tolerar** la conducta típica justificada. Además, esa ausencia de desvalor global del resultado puede tener otros efectos, como la desaparición de la necesidad de reparar civilmente el daño. En todo caso, las causas de exclusión del injusto nunca eliminan la agresión al bien jurídico (que aisladamente considerada puede seguir considerándose como

---

<sup>101</sup> Por todos, NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 318. Así, en Alemania, perdón o excusa (§ 35 StGB) cuando el fundamento es el estado de ánimo del autor, y permiso o justificación cuando se funda en el principio del interés preponderante (MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, § 421 y § 431) o en el *medio adecuado para un fin adecuado* (Welzel). “la adecuación social es un principio general de interpretación, cuya significación no se limita, de ningún modo, sólo al Derecho penal, sino que abarca el ordenamiento jurídico general (WELZEL, 101). Así, “el tipo (indicio de la antijuricidad) presenta el modelo de la conducta prohibida y pone de manifiesto, por un lado, que las conductas seleccionadas por ellos tienen un carácter social y, por otro, que las conductas que cumplen con el tipo y violan la norma que los subyace “se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social” (WELZEL, 98); “dado que la realización típica es antinormativa, y puesto que la violación de una norma prohibitiva es antijurídica, salvo que opere una norma permisiva, se desprende que una acción es antijurídica si realiza plenamente el tipo de una norma prohibitiva, a menos que proceda aplicar una norma permisiva” (WELZEL, 135); y “la lesión del bien jurídico de menor valor debe ser el medio requerido y único para la salvación del de mayor valor” (WELZEL, 148).

<sup>102</sup> VON WEBER, Hellmut, *Lineamientos del Derecho Penal Alemán*, (traducción de la 2da. Ed. alemana de 1948 a cargo de Leonardo Brond, revisada y prologada por Eugenio R. Zaffaroni), Ediar, Buenos Aires, 2008, 93.

<sup>103</sup> JAKOBS, DPPG, 11/1.

un "mal"), sino que el Derecho deje de *desvalorar globalmente*, dicha agresión.”<sup>104</sup> Bien por el Derecho, pero... ¿y el inocente?

Baldó sostiene que las reglas permisivas tienen la función de aprehender toda la multiplicidad y multiformidad de *contextos en los que existen buenas razones para no prohibir la lesión o puesta en peligro plenamente imputable de un bien jurídico*.<sup>105</sup> Asimismo, nos dice que las causas de justificación que se originan en situaciones de necesidad son reglas de resolución objetiva (válidas para todos) de conflictos de intereses que despliegan su función otorgando facultades de salvaguarda e imponiendo correlativos deberes de tolerancia.<sup>106</sup> Y que son las ideas rectoras y principios axiológicos que de ellas derivan las que deberán explicar tanto la concesión de una facultad de salvaguarda al titular de una esfera autónoma concreta (óptica del sujeto necesitado) como la imposición al titular de otra de un deber de tolerancia de dicha acción de salvaguarda que acarrea riesgos para su propia esfera organizativa (óptica del sujeto afectado).<sup>107</sup> Wilenmann, que “el uso pragmático de las causas de justificación es el de servir de argumento de establecimiento de una condición suficiente de negación del injusto”.<sup>108</sup>

Por su parte, Hassemer, en línea con Von Weber, postula que el ámbito de la tipicidad caracteriza el ámbito de la libertad de acción. Pero este conocimiento *es provisorio*, lo que en el ámbito de la tipicidad tiene relevancia jurídico penal, todavía tiene que pasar otras pruebas dentro de la teoría del delito, es decir, que (su relevancia) puede quedar excluida en otros ámbitos. Así, en el ámbito de la antijuricidad, se tipifican situaciones en las que, excepcionalmente, el Derecho penal no convierte en definitivo el juicio provisional que hace sobre el carácter injusto de un comportamiento que ha sido calificado de típico. El que se defiende de un ataque de un perro, o de otra persona que lo agrede ilegítimamente, no comete un injusto aunque con ello lesione los derechos del agresor y realice el tipo de lesiones, de

---

<sup>104</sup> MIR PUIG, DPPG, 10ma., 414 y 415.

<sup>105</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 34. Intentaré aquí encontrar esas buenas razones en los principios centrales para el liberalismo: la autonomía individual y la dignidad.

<sup>106</sup> BALDÓ, op. cit., 38.

<sup>107</sup> BALDÓ, op. cit., 37. Adviértase que habla de “facultad de salvaguarda” para el necesitado y de “deber de tolerancia” para el tercero inocente. Creo que allí está uno de los puntos centrales para el análisis de estas situaciones de necesidad: definir el tipo de derecho de uno (el derecho como una *facultad* es, por cierto, una de las formas posibles, pero no la única, para definir el contenido y el alcance de un derecho) y el tipo de deberes para el otro. Del mismo modo Wilenmann: “La representación estructural del sistema tiende por ello a ser sustituida por una representación que puede llamarse axiológica. De lo que se trata es de mostrar el tipo de razones que las instituciones del sistema realizan para fundamentar obligaciones de abstención y derechos de respeto correlativos o derechos de defensa/necesidad y correlativamente deberes de tolerancia.” (WILENMANN, “El sistema...”, 8)

<sup>108</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 30.

daño, o incluso el de homicidio. El que conduce rápidamente por el centro de la ciudad un vehículo de motor, accionando con escándalo la bocina y las luces del vehículo para llevar a su mujer embarazada a tiempo al hospital, realiza sin dudas el tipo de un delito contra la seguridad del tránsito, al poner en peligro a terceras personas, pero el ordenamiento jurídico lo considera en “estado de necesidad justificante”, en tanto salve un interés humano central en inminente peligro (la vida, la salud de su mujer y de su hijo) a costa de otros intereses que o son de menor valor o se ponen en peligro con menor intensidad y en tanto en esta situación no tenga otra alternativa.<sup>109</sup>

Entre nosotros, la justificación del daño al inocente es, en doctrina absolutamente dominante, *la salvación del interés preponderante*: “a costa del daño que se ocasiona, se resguarda otro interés más valioso”.<sup>110</sup> “El Derecho atiende a que el autor obra para salvar un interés jurídicamente prevaleciente, lo que no sólo lo coloca en la condición de un no subordinado contra el orden jurídico, como es el coaccionado (que sólo actúa por el temor que constriñe su voluntad), sino además, en la de un cooperador para su mantenimiento.”<sup>111</sup>

Nino nos dice que “...cuando una acción está justificada ello implica que el estado de cosas que genera es *deseable o valioso*, o, por lo menos, no indeseable ni disvalioso. Justificar una conducta implica asumir el juicio de que cualquiera que estuviera en las mismas circunstancias relevantes podría, e incluso en algunos casos debería, ejecutar la conducta en cuestión... La conducta justificada tiene el mismo *status moral* que cualquier otra acción moralmente lícita a la que nadie pensaría en hacer objeto de reproche. El ámbito de aplicabilidad de la norma prohibitiva se halla restringido por una norma permisiva de mayor jerarquía. No corresponde que el autor ofrezca algún tipo de disculpa o desagravio aunque la acción puede estar condicionada a algún tipo de obligación si le quito el extinguidor al vecino

---

<sup>109</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, (trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Bosch, Barcelona, 1984, 262 a 265. El autor, aunque reconoce que la distinción entre tipicidad y antijuricidad es compleja, critica la teoría de los elementos negativos del tipo y postula la necesidad de mantener separadas las dos categorías de análisis porque: “a la tipicidad le corresponde la función de fundamentar el injusto, a la antijuricidad la de excluirlo. No se puede, al mismo tiempo, reprochar *positivamente* y justificar *negativamente*. Además, un comportamiento que realiza el tipo no puede ser equiparado a un comportamiento irrelevante para el derecho penal, que ni siquiera realiza el tipo. Matar a alguien en legítima defensa no es lo mismo que tomarse un café, aunque en el fondo, de hecho, ninguno de estos dos comportamientos constituya un injusto jurídico penal. Matar a alguien en legítima defensa constituye de todos modos, una lesión de un bien de una persona, una invasión al ámbito de lo prohibido (aunque sea con autorización especial), y una infracción básica a un tabú de nuestra cultura jurídica; ¡también la lesión justificada es al fin y al cabo, una lesión!” (op. cit., 264 y 265).

<sup>110</sup> Por todos, NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 308 y 309, “el interés que el Derecho tiene en que se evite el mal mayor”.

<sup>111</sup> NÚÑEZ, *Tratado*, I, 319.

para apagar el fuego, debo devolvérselo. Impedir la acción justificada es moralmente incorrecto, favorecerla moralmente lícito.”<sup>112</sup>

Todos, a su modo, están diciéndonos que para que una persona tenga un *permiso en forma de derecho* de injerirse lesivamente en la esfera de intereses de otra y ésta el *deber de soportarlo*, deben existir *muy buenas razones* que justifiquen esa injerencia. Es decir, no sólo que la expliquen, sino también que la hagan socialmente soportable, tolerable y de algún modo, *más valiosa* que aquella situación que quedaría (o que resultaría) si no se actuara. Nuestra jurisprudencia suele utilizar una idea que parece casi como una invitación a la adivinanza o a la imaginación, pero que, según creo, resume bien el punto:

*“El estado de necesidad supone, para la exclusión de la ilicitud de un hecho típico, la existencia de una situación objetiva de conflicto respecto de la cual pueda afirmarse que, de conocerla, el legislador hubiera preferido que se actuase del modo que el autor obró. Cualquier otra hipótesis deja subsistente la antijuricidad”.*<sup>113</sup>

Es decir que lo que parece habilitar el ataque al inocente es, primero, la existencia de una *situación real de conflicto* (objetiva, existente; no imaginada y no creada por el necesitado), que obliga a éste o bien a soportarla o a resolverla de manera activa para intentar, de ese modo, superar la emergencia que lo amenaza. Y, del otro (y aquí lo azaroso) *la estimación afirmativa de una preferencia subjetiva -individual* (según algunos pocos)-, u *objetiva -general*, (según la mayoría, es decir *una preferencia de la sociedad toda* encarnada en y expresada por el legislador)-<sup>114</sup>, consistente en la obtención, merced al emprendimiento de la acción de salvaguarda, de un *mayor valor social, de un beneficio para el conjunto* como remanente al final de esa historia. Una solución claramente consecuencialista que, insisto, en mi opinión, no resulta aceptable en términos de maximización y de respeto por las libertades individuales.

Con ello, el ordenamiento penal deja sin pena, sin sanción, el ataque al destinatario de la intervención. Pero, con ello, niega además a éste su reconocimiento como persona, sencillamente lo cosifica, al permitir su utilización por otro. Y todavía más, el Derecho penal al reconocer un derecho al necesitado, *declara* que no existe de parte del agresor ni siquiera

---

<sup>112</sup> NINO, Carlos Santiago, *La legítima defensa* ..., 32-33.

<sup>113</sup> CCC Fed., sala II, “Morales, Marte Ema Barrios Arias de s/hurto”, rta. El 7.3.1985, SAIJ, sum. 30000545; también, mismo Tribunal en “Vázquez Sotelo, Elva”, rta. El 11.9. 1989, La Ley, 1990-B, 26 - DJ, 1990-2-384, entre muchos otros.

<sup>114</sup> No del legislador individual, A, B ó C, sino del legislador, o del cuerpo legislativo, que sancionó la ley...

una contradicción normativa, una infracción a la norma y, con ello, priva de o impide al afectado cualquier posible respuesta legítima.

Pero miren, ahí viene mi amigo Ticio.

#### 4. Diálogo con Ticio, que está “preocupado por lo que a mí me preocupa”

T. Hola Alejandro, leí tu introducción. No está tan mal... Pero la verdad es que te muestras excesivamente prevenido y preocupado...

A. ¿Te parece que exagero Ticio? ¿Por qué?

T. Bueno, en primer lugar no me parece que quien se defiende de un perro que lo corre esté “atacando” a nadie cuando le arranca el bastón o el violín para defenderse...

A. ¿A no? ¿Y qué es lo que hace?

T. Bueno, está ejerciendo su derecho de salvarse de un mal evidentemente mayor (peligro grave contra su propiedad, caso 1, o contra su humanidad) causando un mal claramente menor. En el caso 1.1 el susto a la viejita y el “hurto de uso” de su bastón (claro, utilizas a una viejita para conmovernos... eso es hacer trampa...). Y, en 1.2., apenas se suma un moretón, contra una pierna... ¡Hombre! ¿qué duda tienes? En el caso 4.1, el del director de la orquesta, un violín por su humanidad amenazada y en el 4.2. un violín *valioso* por su humanidad amenazada.

A. Sí lo único que falta es que mate a la viejita, ¿no? No es sólo el susto, Ticio. Es la injerencia lesiva en la esfera personal de la viejita, con lesión no sólo de su libertad mediante coacción, también de su propiedad... y de su cuerpo). Violencia ejercida contra alguien que no le hizo nada y a quien se le debe respeto. Y en el caso del director, el uso de un bien que, probablemente, en la variante 4.1. el violinista considere esencial para su propio plan de vida, y en el 4.2., insustituible.

T. Si ya.. los vi... pero ¿qué pretendes, que se dejen morder?

A. No. Que se defiendan sin afectar a un tercero (primeras variantes en ambos casos) o, que en el primero, Eusebio corra hacia el dueño del perro, o que se busque un palo, o que le pida a la viejita su bastón. ¿Te parece que arrancárselo y hasta lastimarla, aunque fuere un poquito, era la única alternativa en la que puede pensarse, y que era la mejor? Y en el caso 4, que el director haga lo que debe hacer, que es defenderse de lo que le tocó con lo que ya tiene a la mano (o, mejor, *en* la mano), su batuta, sin afectar a un inocente.

T. Me dices que *Eusebio* debe hacer todo eso, o cualquiera de las “alternativas” que propones mientras va corriendo con el perro detrás?

A. Sí, Ticio. No me parece que lo que deja *Eusebio* en el mundo cuando se va, sea “un mal menor”, menos dolor. Y recuerda que el legislador nos manda a comparar *males*, no bienes.

T. Eres increíble Alejandro... con esto no vas a ningún lado... *Exactamente, males, no dolores...* (acentúa la frase). Los ejemplos además son muy malos... ¿Qué me dices, que en el caso del fuego Felipe tiene que ver cómo se quema su casa y que no puede sacarle el extinguidor a su vecina?

A. Digo que debería tener el propio, y que si no lo tiene, eso debe ser “cargado a su cuenta” (y no a la de la vecina). Ya verás todo lo que tiene que hacer Felipe no sólo para que le reconozcamos un “derecho” no sólo a sacarle el extinguidor a la vecina, sino también a romper su puerta y a meterse en su casa... si alguna vez se lo reconocemos.

T. Y el ejemplo del “médico cazador”, ¡qué imaginación! ¿De dónde lo has sacado? Yo nunca vi que nadie habilitara a un médico a andar “cazando” a la gente por ahí en pos de su sangre (sólo el Drácula del cine, y que no era médico, precisamente). O apoderándose a la fuerza de su piel o de sus riñones...

A. Pues yo sí, y si tienes un poco de paciencia te lo presentaré.

T. Bueno pero ahora tengo hambre. ¿Me invitas a almorzar? Sí Ticio, vamos. (Y seguimos hablando de trivialidades).

Pero Ticio me dejó pensando, como siempre. ¿Será que exagero? Es evidente que una teoría basada en el mayor beneficio para el mayor número y en el mayor valor neto social remanente luego del conflicto no casan bien con una propuesta liberal. ¿Pero realmente los valedores de estas propuestas llegan tan lejos como mis temores sugieren?

Reviso mis notas, mis fichas. Y sí, encuentro varias evidencias, inquietantes. Examinémoslas en orden creciente (es decir de la menos a la más preocupante).

## **5. Algunas propuestas que justifican y explican mis prevenciones y mis temores.**

### **5.a. La de Enrique Gimbernat:**

Enrique Gimbernat rechaza la distinción entre el estado de necesidad como justificación y como excusa. Adopta una teoría unitaria de la justificación. Su argumento es que *la antijuricidad es el ámbito del querer, la culpabilidad del poder... Si no se castiga es porque no se quiere o porque no se puede*. Y en el caso del estado de necesidad, el Derecho, “no quiere” castigar.<sup>115</sup>

Así, sostiene, “para determinar qué es lo que hay que castigar, el Derecho se enfrenta a dos problemas materiales completamente distintos. En primer lugar tiene que decidir qué es lo que quiere prohibir frente todos (ámbito de la antijuricidad). Estamos aquí frente a una cuestión que afecta al *querer...*”, (poniendo un ejemplo de legítima defensa, con lesión del atacante) “...el derecho penal *no quiere*, a pesar de que *podría...* oponerse a esas lesiones. De ahí que la legítima defensa sea una causa de justificación: porque el Derecho penal renuncia a la pena, y no porque ésta sea inidónea para combatir las acciones de legítima defensa, sino porque *es que no quiere combatir en absoluto esas acciones*. Pero el mecanismo inhibitorio del Derecho penal tiene sus límites, estamos aquí ante una cuestión que afecta al *poder* (ámbito de la culpabilidad). Comportamientos como el de un inimputable, o el de aquel que actúa en error de prohibición invencible o el de un sujeto coaccionado, quedan excluidos del sector de la culpabilidad, pero siguen estando prohibidos de manera general. A la pena sólo se

---

<sup>115</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “El Estado de necesidad: un problema de antijuricidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 3ra. Ed. 1990, 218-230.

renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se percibe fácilmente que no tendría mucho sentido proceder con ese medio de reacción”.<sup>116</sup>

Esta teoría, muy seductora por su simpleza, ha sido muy criticada<sup>117</sup>. Pero en lo que aquí más me interesa, no tiene en cuenta la afectación al inocente. El “querer” o no, es del Derecho (y también la decisión) y está vinculado a lo que la sociedad en su conjunto pueda interpretar que es mejor o peor, y no a lo que la injerencia agresiva y lesiva en una esfera individual concreta supone para quien la sufre. Su propuesta tampoco nos informa por qué es que el tercero inocente *debe soportar* esa injerencia lesiva en su ámbito de libertad de parte de aquel a quien se le reconoce *el derecho*. Es decir, cuál es el fundamento del estado de necesidad (agresivo) para una teoría de la libertad (o que resulte compatible con una teoría de la libertad), más allá de lo que el necesitado quiera hacer y, en esta tesis, lo que el Derecho, *quiera o pueda hacer*.

### **5.b. Sobre “justicieros cósmicos” y “cosmopolitas de la igualdad”:**

b.1. Algunos postulan que la igualdad tiene que dejar de ser sólo de *oportunidades* para convertirse en realidades. Que el Estado está para equilibrar las desigualdades y las desventajas naturales o sociales y para igualarnos a todos; pero de veras. Esto es que el pobre sea rico, que el lento corra como el velocista y que el feo se convierta en bello. Se trata de los partidarios de dos teorías muy emparentadas y que analizaré más adelante: primero la de la *social Justice*<sup>118</sup> y después la del *luck egalitarianism* que trataremos con Ticio en uno de nuestros encuentros.<sup>119</sup>

b.2. Pero también existe otra fuerte y muy activa corriente de pensamiento (encarnada fundamentalmente por filósofos morales y políticos) que sostiene, básicamente, que si a

---

<sup>116</sup> GIMBERNAT ORDEIG, “El estado...”, 224 y 225.

<sup>117</sup> Ver por ejemplo HIRSCH, Hans Joachim, “La regulación del estado de necesidad” en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* “Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania”, Madrid, 1991 p. 59 a 75, en especial p. 63 y 64. “... (conforme esta teoría) el ordenamiento jurídico permite que se pueda salvar en forma lícita, por ejemplo, la propia vida a costa de la de otro sujeto no implicado. Una acción de estado de necesidad semejante no constituiría, en cuanto que justificada, agresión antijurídica, de forma que el sujeto afectado no podría defenderse legítimamente y le incumbiría un deber de tolerar... Cerezo Mir y Küper han señalado que el criterio de delimitación no es apropiado, tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad podrían faltar en la pena un efecto de inhibición. Esto llevaría a que sólo la incapacidad de culpabilidad y el error inevitable excluyan la culpabilidad. Por el contrario en caso en que la presión motivacional de una situación de necesidad no disminuye completamente la capacidad del autor de no comportarse según la ley, sino sólo en una medida insuficiente para un reproche jurídico penal de culpabilidad, son revalorizados a causas de justificación. Pero esto invierte la jerarquía material.”

<sup>118</sup> Ver Tercera Parte, Capítulo VII punto 1.2.

<sup>119</sup> Ver Diálogo con Ticio: “*good luck, bad luck*” (¿Y si eliminamos la desgracia mediante el reparto?), Cuarta Parte, Capítulo XIII, punto 3.



alguno le falta aquello fundamental para su subsistencia debe dejar de demandarlo a las autoridades (sólo de *verbalizar* sus reclamos), y pasar a la acción. Esto es *tomar aquello que les falta y que necesitan para subsistir directamente de quien lo tenga*. Esos reclamos por aquello elemental tienen que dejar de ser una expectativa, pocas veces atendida, y convertirse en lo que realmente son (según ellos lo interpretan): derechos fuertes, derechos como pretensión a los que nadie (aunque nada tenga que ver con esa situación) debería oponerse y sí el deber de atender o de soportar la conducta que pretende satisfacerlos. Invocan en su favor la doctrina de los derechos de Pufendorf y de Rawls (en ambos casos, creo que de manera exagerada) y también de Singer (en este caso, quizá se quedan cortos...). Los analizaré con algún detalle en la Parte Sexta de este trabajo.<sup>120</sup>

Pero quiero aquí, aprovechando el desafío que me lanzó Ticio, mostrar cómo desde las trincheras de la ciencia jurídico-penal bien actual, de la mano de un profundo estudioso de esta problemática y que parte y abraza una propuesta axiológica y deontológica muy depurada se puede llegar (y se llega) a conclusiones que no hacen más que acrecentar mis peores prevenciones y temores.

### **5.c. La de Javier Wilenmann:**

A la hora de comparar los males en situaciones de estado de necesidad agresivo<sup>121</sup>, Javier Wilenmann, afirma que es preciso utilizar criterios formales y también materiales, pero que *“como se trata de una institución personal en un ámbito de valoración material, el criterio central debe ser material (y concreto), antes que formal (y abstracto)”*. Luego de ello sostiene que *“lo central en la valoración de los males es la determinación de la intensidad de la afectación del bienestar material que significa personalmente cada una de las alternativas para los involucrados”*.<sup>122</sup> Y parece entonces claro (porque utiliza el plural), que nos habla de los dos involucrados, es decir del necesitado y del inocente que sufrirá la injerencia lesiva. Pero desconcierta cuando alude a un criterio de distinción material claramente *utilitarista-individual* (mayor bienestar material, pero no social... para uno, que para el otro). Y desconcierta porque se ha pasado hasta entonces un buen rato criticando a la teoría del interés preponderante (bien o interés mayor por bien o interés menor) como *“irrelevante e insostenible”*, invitándonos a descubrir un sistema de ordenamiento axiológico de las situaciones de necesidad, centrado, fundamentalmente y como aquí se propone, en el

---

<sup>120</sup> Ver Quinta Parte, Capítulo XVI, puntos 2.1.2.3.b. y c. *“La subsistencia: un derecho como pretensión”*.

<sup>121</sup> WILENMANN, *La Justificación...*, 612 a 618.

<sup>122</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 612 a 614.

principio de la autonomía individual. Sigue el autor, “*la graduación de la intensidad del mal puede tener lugar de dos modos: como reconocimiento de que se trata de un peligro cualitativamente mayor o de que se trata de un mal sólo cuantitativamente mayor*”. Pero, enseguida, parece quitar trascendencia a esa distinción porque advierte “*en ambos casos, el criterio guía en la graduación sigue siendo la significación personal del mal*”.<sup>123</sup> Emprende ahora la tarea de *proveernos de criterios* “*para hacer controlable una valoración cualitativa*”. Y nos enseña que “*uno puede distinguir dos clases de afectaciones relevantes: las afectaciones relevantes graves y las afectaciones relevantes menos graves*” (pero si entendemos bien, en todo caso, *siempre graves...*). Y pensamos, otra vez, que nos hablará del sujeto amenazado por el peligro y, sobre todo del sujeto principal, “del otro”, del inocente destinatario de la injerencia y que el sujeto en peligro está a punto de elegir como víctima del sacrificio; todo lo cual nos hace permanecer entusiasmados y expectantes.

Y entonces define Wilenmann ambos conceptos y nos dice que “*la afectación relevante grave se caracteriza por implicar una afectación decisiva a la biografía del sujeto. La muerte, la pérdida de funciones corporales permanentes, la pérdida de la libertad por un espacio de tiempo prolongado o la pérdida de una parte importante del patrimonio, por ejemplo, son afectaciones relevantes graves*”. Todo lo cual me parece bien. Parecen serlo, ¿no? En cambio, nos informa que, “*...una afectación relevante menos grave se caracteriza por alcanzar el umbral de relevancia definido en su momento*<sup>124</sup>, *sin ser biográficamente decisiva. Una fractura o una lesión intensa sin riesgo vital ni secuelas considerables, la pérdida de bienes personalmente relevantes o de una parte importante pero no biográficamente decisiva del patrimonio, son afectaciones relevantes menos graves*”.<sup>125</sup>

¡Ahora, cuidado..., porque *parecen menos graves*, pero no dejan de ser *bastante graves!* Habla de fracturas de huesos, de lesiones intensas, de pérdidas importantes del patrimonio... Lo que esperamos entonces es que las excluya por completo del mapa de las injerencias lesivas en la esfera de inocentes justificadas en estado de necesidad agresivo. Pero Wilenmann nos decepciona por completo. No hace eso, sólo *excluye las relevantes graves y permite al necesitado actuar las relevantes menos graves*. De inmediato me aseguro de que

---

<sup>123</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 614. Subrayado mío. No se entiende qué es lo que se debe colocar en el grupo de lo *cualitativamente* importante y qué en el de lo *cuantitativamente* relevante, pero sí deja muy claro Wilenmann que el criterio decisivo es *la significación personal del mal*.

<sup>124</sup> La cita del autor dice: “*supra* § 27”, pero no existe esa nomenclatura en este libro lo que nos impide encontrarlo, a pesar del esfuerzo empleado. El problema se traslada a buena parte de las remisiones internas de la obra.

<sup>125</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 614.

estoy en la parte del libro correcta, esto es, en la que el autor trata las situaciones de necesidad agresivas... de la afectación típica de *inocentes*. Lo estoy.

Quiero seguir sin apartarme del texto, porque merece la pena ser absolutamente literal y transmitir el pensamiento del monografista tal y como se lo lee en su (complicado) libro. Luego de recordarnos de nuevo “*que en la valoración de una afectación hipotética como grave o menos grave el punto de vista decisivo es personal*” (otra vez la opción por el utilitarismo en estos párrafos) nos advierte, imagino que para tranquilizarnos un poco, que “*esto tiene ante todo influencia en el ámbito de la lesión de bienes jurídicos patrimoniales*”. Y, en efecto empieza con un ejemplo que trata de bienes jurídicos patrimoniales y, también, por supuesto, de la valoración personal que cada uno hace de la situación. De todos modos el ejemplo es extraño y la solución resulta sencillamente inaceptable.

Dice así:

*“Por ello, puede ser que la lesión de un bien jurídico ajeno de mayor valor que el protegido, sea un mal menor y se encuentre justificada por estado de necesidad agresivo. Ejemplo: una familia de escasos recursos es dueña de un automóvil de escaso valor y que no se encuentra asegurado. En una tormenta, sólo pueden evitar que sea arrastrado por un torrente bloqueando su paso con un automóvil caro y de gran tamaño de un vecino millonario. El automóvil del vecino resulta con daños mayores cuyo arreglo tiene un valor mayor que el valor de compra del automóvil rescatado. ¿Se encuentra justificada la acción? La pérdida de bienestar que amenaza a la familia es aquí cualitativamente mayor que la pérdida de bienestar del millonario, por lo que a causa de la diferencia cualitativa de intensidad, la acción debe considerarse justificada. Por supuesto, dependiendo de la procedencia de acciones civiles, la realización de la acción justificada puede resultar instrumentalmente absurda, pero deber pagar a la larga más dinero del que habrían debido utilizar para comprar un automóvil nuevo (sic)<sup>126</sup>. El millonario podrá probablemente, embargar por ello, el automóvil salvado, venderlo y tener todavía un crédito contra la familia. (Pero) Una variación permite reconocer casos en que ello no es absurdo: aquello que es salvado con el automóvil del millonario es el hogar propio, cuyo valor es, sin embargo, inferior al del automóvil arruinado. Así que la legislación*

---

<sup>126</sup> Este parece ser un fallo de edición. Debe querer decir ahí que, a la larga, los pobres deberán pagar más que si el torrente les hubiera llevado el auto. Y por eso la auto-calificación como “materialmente absurda” de la solución que el autor mismo propone.

*protege el hogar propio frente a ciertas clases de créditos: en ese caso la realización de la acción de necesidad se encontraba no sólo jurídica sino racionalmente justificada*".<sup>127</sup>

Mi opinión es que la solución, en el caso original -y también en la variante- son, en efecto, material y jurídicamente absurdas.<sup>128</sup>

Lo primero que hace Wilenmann, a pesar de sus repetidas prevenciones, es ignorar por completo (y con ello despreciar o desconocer) a la otra parte del conflicto, a la que termina siendo afectada. "*El millonario*", que lo sea o no (no parece lo más relevante), *es persona*, y como tal merece respeto. Olvida, con delicado esmero, al personaje central del estado de necesidad agresivo: a la víctima inocente de la injerencia, aquella a la que el Derecho le impone el deber jurídico de soportar el mal que a otro amenaza. Ni la menciona y tampoco tiene en cuenta ni, claro está, *pondera* el valor personal que el auto pueda tener "para su propia biografía" (expresión de su maestro, Pawlik). Se me ocurre que el autor asume que, como es millonario, se podrá comprar 200 autos más. ¿Pero qué si no es así? Y *no porque no pueda* sino, por ejemplo, *porque no quiere*. Que precisamente "ese" auto que "se pierde" tiene un enorme "valor personal de bienestar" (es decir una asignación personal -¿*cualitativa*?- de bienestar altísima), y ello por las razones que fueran (estéticas, familiares, históricas, emocionales etc.). Si la atribución de bienestar es personal, pues imagino que habrá que preguntarles a los dos, ¿no?<sup>129</sup> O asumir, como parece, que el valor que se sacrifica lo pone *el soberano* según su propia estimación de la preferencia ajena. Del otro lado, parece darse por sentado que los de "escasos recursos" (los pobres, si nos liberamos de inútiles eufemismos), están satisfechos con su propia elección. Bueno, esto es, precisamente, lo que los liberales intentamos evitar hace... 300 años.<sup>130</sup> Imaginen que "el millonario" está por ahí. ¿Debe tolerar

<sup>127</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 614 y 615.

<sup>128</sup> Y el caso también. Entre otras cosas: ¿si los de escasos recursos pueden empujar el auto del rico al torrente, no podrían hacer lo mismo con el propio hacia donde está el del rico salvando la situación sin lesión de nadie?

<sup>129</sup> No escuchar a las dos partes (o directamente ignorar a una de ellas), no es más que una invitación al conflicto. Decía Pufendorf: *Now to take upon ourselves the decision of a controversy in which there is involved a second party not subject to ourselves, and to desire to force him to follow our own opinion, is to usurp a sovereignty which neither the law of nature, nor the consent of the second party, or a pact with the same, has conferred upon us. And the second party is so far from being bound to recognize such sovereignty, that he has rather the right to bring action for injury against arbitrators of that kind, as against those who presume to limit his freedom. But, in truth, it would be utterly intolerable if they should deliver an opinion without first looking into and coming to know clearly both sides of the case, and without hearing the reasons and excuses of the two parties. For it is perfectly apparent that persons who act in this way are not interested in bringing peace, but are looking for a pretext to take part in the war.* (PUFENDORF, *Two Books...*, I, Def. XII, n. 25; destacado mío).

<sup>130</sup> Opinión que parece dominante en la doctrina chilena. Siguiendo a BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1989, 129, por ejemplo, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, 2004, 230-231, dicen que a la hora de ponderar entre los daños a la propiedad (único bien en Chile que puede ser objeto de injerencias en la esfera ajena en estado de necesidad por el art. 10 No. 7 del CP), habrá que considerar, entre otros aspectos

la acción de los pobres? ¿Ver cómo colocan su auto en el torrente sin hacer nada? Por cierto que en el ejemplo, el rico no podrá ensayar defensa alguna, o ¿será acaso que, además, el rico debe ayudarlos y empujar también (su auto), porque los pobres están en peligro?

Del otro lado, el de la estimación de las personas pobres, puede ser que en términos económicos (materiales), el valor del auto aún siendo feo y viejo, sea significativamente alto. Pero no deja de ser un auto... Cuando a la gente *le ocurre* perder su vehículo en la tormenta, tornado, inundación u otra catástrofe y no dispone más que de uno (aunque mucho lo quiera) viaja en transporte público, o sencillamente, camina. No parece para nada claro que tener o no tener el auto sea realmente sustancial en el plan de vida de esta familia ni, mucho menos, que afecte su dignidad.

Luego vienen las consideraciones relativas a la acción civil, y que también resultan, sencillamente, conmovedoras. Sí, en efecto, la familia pobre probablemente deberá pagar más al millonario que aquello que ha perdido. Pero entonces ¿cuál es su beneficio individual, si es que de eso se trata? ¿Qué necesidad tienen los pobres de salvar el auto viejo para pagar el importante arreglo del auto nuevo y más caro del rico, sumando además a ello un juicio de por medio? ¿Por qué siquiera podemos imaginar que habrían de elegir semejante opción?

¡Y ni qué hablar del rico! En efecto, puede embargar el auto cochambroso y todavía tener un crédito contra los pobres. Por supuesto. Y con ello entonces ¡vaya solución de justicia! El millonario probablemente les embargue y ejecute también su casa y los pocos enseres que les queden. Los “de escasos recursos” serán más miserables que antes y el millonario habrá sido afectado sin sentido alguno. Realmente incomprensible.

Ahora vamos a *la variante*, que se intenta hacer aparecer más apetitosa (para los pobres y necesitados, claro). Esta vez es su propia casa el objeto del “forzado intercambio”, y como no se puede embargar porque tiene alguna protección legal (único hogar, bien inembargable, bien de familia) entonces ahora sí: ¡se habrán salido con la suya sin siquiera

---

(valor de los bienes, magnitud de los daños, su significado funcional, eventual irreparabilidad del daño causado), también “*el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social*” (así, *la choza del campesino, que constituye su único patrimonio, será seguramente, más valiosa que el costoso automóvil del magnate*). El caso es de CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2da. Ed. actualizada, Ed. Jurídica de Chile, 2001, T. I, 373). Yo creo que es probable, pero no porque uno sea rico y el otro pobre, ni por la significación social, ni por el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social (¿qué es eso?), sino por la importancia relativa de esos bienes (cosas), para unos y para otros (para las personas), a la luz de los principios de autonomía individual y de dignidad. Para el plan de vida de uno y para su dignidad de persona, la pérdida de su único bien, y que además es su casa, debe ser valorada por el Derecho como una pérdida de mayor significación, si de cosas hablamos, que aquella pérdida para el otro que aparece menor, parcial y no significativa en términos de autonomía o de dignidad.

pagar nada! Esa es (para Wilenmann), la solución *más justa* desde el punto de vista distributivo. Le quitamos al rico, a la fuerza, y le damos al pobre. Ahora, agregaba el autor, parece que la justificación adquiere un doble e incuestionable respaldo: *además de justa resulta racional*. Yo diría que se queda corto. Desde un punto de vista utilitarista/*individual o el de la justicia cósmica...*, resulta absolutamente perfecta, porque nada pagarán... Pero desde un punto de vista moral y de justicia, se aprecia francamente insoportable e inadmisibile.

Pero ¿qué es lo que sucede aquí? ¿Cómo es que quien parte de la autonomía como valor fundamental, termina cayendo en estos inverosímiles resultados? Es que lo que interesa a Wilenmann no es el valor objetivo del bien en el mercado o su valor “social”. Es el valor subjetivo de placer o de displacer que para uno y para el otro tendrán sus respectivas pérdidas. Regio utilitarismo, pero peor que aquel en su estado puro (el de los *beneficios sociales* pretendidamente objetivados). Bienvenidos, todos, al utilitarismo *subjetivado, al utilitarismo de la preferencia personal*. Para la familia de escasos recursos (los pobres), según Wilenmann, la pérdida es enorme. Para el millonario, menor... ¡Pues entonces, adelante!<sup>131</sup>

Un mecanismo de cálculo muy simple aún si les preguntamos a los dos (cosa que no se hace), pero que lleva a conclusiones inaceptables. ¿Puedo quitarte a la fuerza buena parte de todo tu enorme patrimonio –digamos... un 80 %- para entregárselo a los niños hambrientos de la Argentina (es que... ¡hay demasiados!), de la India o de alguna comunidad del África más sufriente y paupérrima? ¡Evidentemente que sí; con el 20 % te alcanza y te sobra...! ¿Qué esperas? Pues, adelante con ello.

Ahora bien, apenas nos corremos de los ejemplos que emocionan a los “Robin Hood contemporáneos” y nos colocamos en supuestos que no tienen que ver con bienes o valores patrimoniales las cosas resultan todavía más complicadas. Así: ¿qué pasa si un sólo día de pérdida de libertad resulta *para mí absolutamente insoportable* y para el otro, digamos, que cinco días son poca cosa o, tal vez, *nada*? ¿Puedo privarlo de la libertad en estado de necesidad agresivo? ¡Pues claro, evidentemente! Sigo, ¿Y qué, si mi capacidad de tolerar dolor (mi umbral de dolor) es altísimo? Pues empieza a correr... porque tienes un problema: eres el candidato perfecto para cualquier tropelía... ¿Y si ese umbral es bajísimo y “a mí todo me hace sufrir *muy, pero muy mucho*”? Pues ¡agárrense todos que ahí viene! Este no tiene freno o límite alguno...

---

<sup>131</sup> La cuestión de la subjetivación del dolor, se asocia y trata, por lo general, con la dimensión fáctica en la teoría de la pena. Ver SILVA SÁNCHEZ, “Patologías del dolor penal...”, sugiriendo que el mayor o menor sufrimiento personal debe ser un aspecto a considerar a la hora de individualizar la pena.

Lamento decir que los *desatinos* no terminan aquí. La cosa se agrava, y mucho.

Es que, en efecto, Wilenmann da el paso que ya temíamos pero que, sinceramente, no queríamos ver. Ahora ya no hablará el autor de *cosas*. Hablará de *personas*. En concreto, de lesiones a la integridad personal del inocente. Dice Wilenmann:

*“Lo mismo sucede con la intensidad esperable del dolor vinculado a una lesión corporal, el tiempo, la inhabilidad para el trabajo y cuestiones de esta clase... (¡sic!). Así, la afirmación de que un corte de ligamentos cruzados es un mal superior a un esguince de tobillo no debería ser problemática: el tiempo de recuperación, el dolor generalmente asociado a la lesión y las limitaciones a las funciones corporales son, en general, mayores. La afectación, sin embargo es sólo cuantitativamente general en casos de esta clase”.* No pone allí otro caso (y, para ser franco, no lo extrañamos) y tampoco hace (ni contesta) la gran pregunta ¿está justificada la lesión en forma de esguince de tobillo de un inocente para salvarme de una rotura de ligamentos cruzados (imaginamos que de rodilla)? Pero conforme ha dicho antes el autor<sup>132</sup>, y también por cómo termina esta larga descripción su respuesta es que... **sí**. Nos dice Wilenmann, obstinado, implacable:

*“los criterios centrales de valoración de los bienes son dos: la intensidad de la afectación que la lesión supone para el bienestar personal-material y la relevancia que el bien jurídico asume en el contexto del sistema jurídico. El primer criterio tiene mayor relevancia que el segundo, y en su interior tienen mayor relevancia los factores de graduación cualitativa de la intensidad que los factores de graduación cuantitativa de ésta”.*<sup>133</sup> *“Los casos en que un mal puede ser considerado grave y otro puede ser considerado menos grave se dejan resolver así de modo sencillo: siempre hay preponderancia sustancial del mal relevante mayor si la alternativa es un mal relevante menor o un mal que ni siquiera alcanza a ser relevante”.*<sup>134</sup>

La respuesta entonces, como en el caso de los autos, es que sí, y por la misma razón. Se trata de un *mal relevante grave versus un mal relevante menos grave*. Y la situación “*se deja resolver*” (solita) *de modo sencillo*... Páginas más adelante termina con cualquier duda

---

<sup>132</sup> “Sólo es importante excluir (de la justificación) la posibilidad de evitar pérdidas patrimoniales que no puedan ser consideradas sustanciales desde fuera, o lesiones corporales que no impliquen gravedad funcional, riesgos mayores o un dolor que pueda ser considerado un sufrimiento no soportable”, WILENMANN, *La justificación...*, 591.

<sup>133</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 615.

<sup>134</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 616; destacados míos. En la “tabla de comparación de los resultados” de la página 617, este supuesto parece encajar con facilidad en la siguiente opción: “mal relevante grave amenaza al agente” - “mal relevante menos grave necesario” (en todo caso sustancialmente proponderante).

que pudiéramos albergar utilizando, ahora sí, un caso más claro y que la dogmática trata con frecuencia: el de Gallas de la extracción forzada de sangre para salvar a una persona que puede morir, o que va a morir, si no recibe una transfusión urgente (nuestro caso del médico en la primer variante). Y justifica la injerencia en el inocente en forma no sólo de lesión menor (el pequeño pinchazo), sino también de coacción física y de privación de la libertad que supone retener por la fuerza al sujeto, que, en palabras del autor, “*el médico ha salido a cazar*”.<sup>135</sup>

Así entonces, ¡pero qué fácil que es! Un ojo (cualquiera de los dos) por el dedo meñique del pie izquierdo; porque es el dedo más pequeño y está en la pierna izquierda..., la menos hábil del candidato. Y si lo anestesiamos... pues muchísimo mejor. Rotura de ligamentos cruzados de rodilla –dos- por un simple estiramiento del ligamento (esguince) de un tobillo (aunque duela..., “¿pero es no ves acaso que cura antes y que duele menos?”). Mordedura de perro malo que parece apuntar a mi pierna, por lesión menor (golpe y moretón en el brazo) a la viejita que pasa por la plaza al arrebatarle el bastón para usarlo en mi propia defensa.<sup>136</sup> ¿Cómo es que nadie se lo ha pensado antes?

Debo decir que sí, que se lo han pensado, hace cientos de años. Y que es, precisamente, aquello que queremos desterrar.<sup>137</sup> Además de la objeción principal, que es la misma que en el caso anterior (la absoluta desconsideración por el otro, que también sufre “mucho”, pero acaso “menos” según *su* propia interpretación de las cosas – aquella que Wilenmann *imagina* de parte del necesitado, y aquella que él mismo expresa-), no se entiende ni se explica por qué “la pérdida biográfica” es más significativa para el titular de una pierna que para el de la otra. ¿Acaso supone Wilenmann que uno quedará rengo de por vida y el otro no? Pues eso no es cierto.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 649 y 650.

<sup>136</sup> ¿Riñón (total tengo dos) por vida? Este es el único supuesto en el que Wilenmann, claramente, dice que no.

<sup>137</sup> He experimentado las dos lesiones. Y juro que no pongo el pie voluntariamente ni que aceptaré que me lo quieran hacer poner a la fuerza, para una torsión severa que derive en un esguince de tobillo (estiramiento del ligamento, a veces con desgarro o rotura parcial) para que alguien pueda “experimentar” -comprobar- a partir de la percepción sensible de gritos, gestos y demás manifestaciones de ambos lados (porque yo espero que el otro ponga su rodilla, claro), el dolor que se siente. Pero advierto que es muy intenso y muy duradero, en los dos casos.

<sup>138</sup> Los ligamentos se operaban, ya desde hacía más de 30 años cuando Wilenmann esto escribió, con técnicas muy poco invasivas y que auguran una recuperación de la función total de la rodilla afectada. Ambos sujetos caminarán, con igual dificultad, a los dos meses del incidente. Rengos, pero con buenas perspectivas de sanación.



Ni la *calidad* ni la *cantidad* relativa de la afectación (aquí mezcladas o travestidas)<sup>139</sup> son lo primero cuando hablamos de dañar, de causar dolor, a inocentes. Lo que fundamentalmente importa es *si podemos utilizar a otro como un objeto, y por la razón que fuere; también la de evitar nuestro propio dolor*. Y esa no es una cuestión de números o de cálculos, es una pregunta sobre *la dignidad* de la persona humana. La dignidad (la de los pobres y *también* la de los ricos) es la primera barrera, la principal, contra la injerencia en mis derechos y en mi esfera de libertad de parte de otros. Me tienes que dar muy buenas razones para saltártela -si es que existe alguna-, antes de ponerte siquiera a pensar o a calcular en términos de placeres o de beneficios fueren ellos *personales* (es decir, desde la óptica del sujeto en peligro) o *más objetivos o generalizables*. Recién luego, superada esa barrera, se verá si el mal que se evita en un caso resulta desproporcionadamente mayor que en el otro<sup>140</sup>, que son supuestos muy distintos a los que plantea el distinguido autor. Y problema histórico y central, que no resuelve.

Sospecho (más bien estoy seguro), que el desacuerdo esencial entre Wilenmann y yo, acerca de lo que *uno puede o no puede hacer* (acerca de aquello que uno tiene o no *derecho* a hacer) y lo que el otro *debe o no soportar* (y tiene o no el *deber jurídico* de soportar), parte de concepciones éticas que son distintas. Más bien, opuestas.

A partir del análisis anterior, es muy claro que para el profesor chileno *una acción típica se justifica en estado de necesidad agresivo si consigue reducir el sufrimiento personal que está en juego en la situación*. Wilenmann reduce todo a un “balance de sufrimientos personales” en una relación interpersonal concreta. Aparenta ser deontologista (es decir, someter su teoría a un gran y complejísimo sistema de reglas que reconocen derechos a unos y deberes a otros) pero desbarranca (profundo) en el sistema más fácil y más injusto: *el utilitarismo de la preferencia*.

Es que un simple utilitarista clásico Benthaniano, dirá, por ejemplo, que “mentir está bien o mal... según las consecuencias...”. Si en el cálculo de beneficios o perjuicios (placer/dolor) *pero entre todos aquellos* a quienes la mentira afectará verificamos lo primero

---

<sup>139</sup> Cuando los penalistas nos referimos a criterios de comparación *cuantitativos* aludimos a cantidades dentro de un mismo género. En el caso por ejemplo, de bienes o intereses: “es preferible causar la muerte de una persona que la de dos”. Cuando nos referimos a criterios de comparación *cualitativos* hablamos de distintos bienes o intereses en conflicto. Por ejemplo, integridad física por propiedad, o vida por honor. Y, por último, cuando hablamos de diferencias *de grado* en la comparación, aludimos a distintas intensidades de cada una de las conductas de lesión o de peligro bajo examen: causar unas lesiones muy graves para salvar mi propia vida.

<sup>140</sup> Yo rechazaré el derecho de injerencia lesiva en el cuerpo de inocentes *también* en los casos de injerencias leves.

(más beneficio que perjuicio), ¡pues adelante con la mentira!. Pero ni siquiera Bentham admitiría las soluciones *individualistas* de Wilenmann.

En efecto, a los problemas clásicos que enfrenta el utilitarismo, el autor añade una dimensión nueva (aunque no desconocida, claro) que dota a sus conclusiones de una gravedad singular. Se trata de *la apreciación subjetiva del placer*.<sup>141</sup> Esto parece venir del más clásico empirismo inglés (inspirador de Bentham) y específicamente de Hume (que reduce *todo* a las experiencias subjetivas). Su más conocido, y brutal, exponente contemporáneo es el australiano Peter Singer. En *Ética Práctica*<sup>142</sup> dice Singer: “... hay, sin embargo, otra versión del utilitarismo que da más peso a la distinción (entre matar a una persona y a otra clase de ser), en cuanto juzga las acciones no por su tendencia a obtener el máximo de placer o el mínimo de dolor, sino porque están de acuerdo con la medida de las preferencias de cualquier ser que pudiera resultar afectado por la acción o sus consecuencias. Esta versión del utilitarismo es la que suele denominarse utilitarismo económico... pero un nombre más exacto sería **utilitarismo de la preferencia**”. “Es a esta forma del utilitarismo... a la que llegamos al universalizar nuestros intereses... esto es si adoptamos la verosímil actitud de suponer que, en general y habida cuenta de todos los hechos importantes, los intereses de

---

<sup>141</sup> Y entonces, como “sufro mucho”, voy por la vida *en estado de necesidad permanente*, buscando aquí y allá a quien quitarle lo que sea, para aliviar mi pena... Para una visión que enfatiza al extremo el deber de asistencia que los más favorecidos tienen para con los menos favorecidos, ver SINGER, Peter, “Famine, Affluence and Morality”, *Philosophy and Public Affairs* 1, no.3 (1972), 229-243. Dice Singer allí que, cuando eso escribió, en noviembre de 1971, 9 millones de refugiados en el Este de Bengal sufrían de hambre extremo, falta de cobijo y de asistencia sanitaria. La suma que se calculó necesaria para su asistencia, sólo para ese año, fue de £ 464.000.000. Que quien más contribuyó fue Gran Bretaña con £ 14.750.000 y que Australia donó una doceava parte de lo que costó su Opera House de Sidney... El total mundial de ayuda llegó sólo a £ 65.000.000. Su conclusión es que todos pudieron y debieron haberlo hecho mucho mejor. Y su punto es que “if it is in our power to prevent something bad from happening, without thereby sacrificing anything of comparable moral importance, we ought, morally, to do it” (ver 231 y 235). “Equally, whatever a man has in super-abundance is owed, of natural right, to the poor for their sustenance...” “So *Ambrosius* says, and it is also to be found in the *Decretum Gratiani*: “The bread which you withhold belongs to the hungry; the clothing you shut away, to the naked; and the money you bury in the earth is the redemption and freedom of the penniless.” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, Question 66, Article 7). Esto significa que cada uno de nosotros debería reducir su situación casi a la del refugiado Bengalí. Y aunque Singer no rechaza la versión más extrema (“I can see no good reason for holding the moderate version of the principle rather than the strong version”, 241), propone una *algo más moderada*. Esto es: que debemos prevenir los males del mundo sacrificando algo que sea moralmente significativo para nosotros. Puede verse también UNGER, Peter, *Living high and letting die*, Oxford University Press, New York, 1996. De mi parte, no puedo evitar pensar que estas propuestas tienen algo -o bastante-, de utópico e infantil (candoroso). Ningún gobierno llevaría a su propia gente a extremos como los sugeridos para ayudar a los sufrientes bengalíes. Nadie los votaría... Y ninguna familia convertiría a sus hijos en niños carecientes, o en algo parecido, privándolos de las zapatillas nuevas que necesitan, pero de las que podrían prescindir, o de ese plato de comida “que tanto les gusta”. Para una visión más moderada del deber de asistencia MANCILLA, Alejandra, “When subsistence rights are just claims and this is unjust” //www.cambridge.org/core //https://doi.org/10.1017/5026502519000475. Vuelvo sobre estas cuestiones al discutir sobre el hambre y la miseria como supuestos de necesidad en la Parte Quinta, Capítulo XVI, punto 2.1.2.3.

<sup>142</sup> SINGER, Peter, *Ética Práctica*, Ariel, Barcelona, 3ra. ed., 1991.

*una persona son los que ella prefiere*". "De acuerdo con el utilitarismo de la preferencia, una acción contraria a la preferencia de cualquier ser es injusta, a menos que tal preferencia se de contrapesada por preferencias contrarias".<sup>143</sup>

Es sobre la base de esta versión, la del "utilitarismo de la preferencia", que Singer justifica fácilmente el homicidio (*"desde el utilitarismo de la preferencia, la injusticia que se comete con la persona a quien se mata no es más que un factor que se ha de tener en cuenta, y la preferencia de la víctima podría, en ocasiones, verse contrapesada por las preferencias de otros"*)<sup>144</sup>; también la igualdad comparativa entre la vida de un ratón y la de una persona (*"los placeres de la vida de un ratón son todo lo que el ratón tiene y se puede suponer que para él significan tanto como significan para una persona los placeres de la vida de persona. No podemos decir de que una de ellas sea más o menos valiosa que la otra"*)<sup>145</sup>; y la preferencia por la muerte de una persona con graves deficiencias cognitivas a la de un chimpancé *"parece que matar a un chimpancé, digamos, es peor que matar a un ser humano gravemente retardado que no es una persona"*. Entre otras lindezas.

Es que, según nos enseña el australiano, lo que caracteriza a una persona como tal, son dos cosas: *"ser racional y tener conciencia de sí"*. El chimpancé tiene las dos, el retardado mental no. El bebé tampoco...<sup>146</sup>. Y así, es realmente muy fácil, como Wilenmann dice. Cualquiera puede medir dolor o placer para sí mismo y compararlo con el ajeno. Aunque, para lo segundo, convengamos, que "lo mejor" sería que encontremos la máquina para medir el placer y, de paso, el dolor (el propio y también el ajeno); lo que nos daría un número, acaso inapelable.

*¿Y qué es "la preferencia"?* Pues una preferencia, es una elección que alguno hace entre varios intereses. De los intereses de cada uno, como Wilenmann aclara, una y otra vez. *¿Y cómo sopesarlos?* Pues exactamente como dice Wilenmann, ¡resulta muy fácil!: "viendo quién sufre más". Paul Singer cita a Bentham en esta parte realmente monumental de su libro y dice: *"es probable que llegue un día en el que el resto de la creación animal pueda adquirir aquellos derechos que jamás se le podrían haber negado... ¿qué ha de ser si no, lo que trace el límite insuperable? ¿Es la facultad de la razón, acaso la del discurso?"* Parece que no,

---

<sup>143</sup> SINGER, 106.

<sup>144</sup> SINGER, 107.

<sup>145</sup> SINGER, 105

<sup>146</sup> SINGER, 126 y 127. Perros, gatos y cerdos son personas para Singer, "a lo menos en términos conjeturales". Ahora el mono... ¡Ése seguro que sí...! En cambio los retardados mentales, los privados de razón o de sentido, los niños pequeños, y, claro está, los bebés y los fetos: pues no.

contesta Singer a través de Bentham: “un caballo o un perro es un animal más racional y con el que es más posible comunicarse que un niño de un día, de una semana e incluso de un mes... la cuestión no es si pueden razonar o si pueden hablar. (La cuestión es:) ¿Pueden sufrir?”.<sup>147</sup>

Es entonces, a partir de esta cita, que Singer afirma que la característica vital que da derecho a un ser (cualquiera) a resultar objeto de igual consideración que otro, es la capacidad de sufrimiento. Para que no queden dudas:<sup>148</sup> “Una piedra no tiene intereses porque no puede sufrir”.<sup>149</sup> Todas las criaturas vivas sí... *ergo* tiene intereses aquel que puede sufrir. Y lo que debe hacerse resulta demasiado evidente, “dar prioridad al alivio del mayor sufrimiento”.<sup>150</sup>

Esta es, exactamente, la fórmula de Wilenmann. Todo parece indicar, en el extravagante discurso, que sufre menos el rico que los pobres. El del esguince que el de los ligamentos rotos. Pero me parece muy claro que Bentham (no tanto), pero sobre todo Singer y Wilenmann olvidan o desprecian algo elemental: la dignidad de la persona humana.<sup>151</sup> Puede que los perros, los gatos y los pollos tengan “su dignidad” también, realmente no lo sé. Pero, de seguro, que no es la misma. Es por eso que cada hombre debe ser respetado en su autonomía y en su dignidad. Un hombre es libre porque es digno y es digno porque es libre.

Bien. Hasta ahora, he presentado ya el estado de discusión de la cuestión en mi país, identificado los problemas que enfrentamos cuando tratamos la justificación por necesidad agresiva (principalmente la utilización de una persona para beneficio de otro o de otros). También los perfiles esenciales de esta justificante. Y, finalmente, he presentado algunas propuestas de tratamiento y de solución para estas cuestiones y, en especial una, que se opone o colisiona abierta y frontalmente con la que voy a presentar aquí.

Ya va siendo hora entonces, de que explicito mis tesis y el camino que recorreré para intentar demostrarlas y validarlas.

---

<sup>147</sup> SINGER, 70.

<sup>148</sup> Porque si hay algo que debe reconocérsele a Singer, y en toda la regla, es que es absolutamente claro.

<sup>149</sup> SINGER, 70

<sup>150</sup> SINGER, 72.

<sup>151</sup> Wilenmann no olvida la dignidad, pero sí la desprecia. Le dedica un párrafo en 650. Al contestar al argumento de la imponderabilidad de la dignidad humana (no sólo de la vida, que defiende, sino por ejemplo la del cuerpo) sobre la base de que los hombres no pueden ser tratados como objetos, califica a esta postura de “inverosímil”: porque todo caso de coacción, dice, es un modo de instrumentalización. Y parte de las prácticas que consideramos valiosas como la de que se encuentre justificada la extracción de sangre de hijos menores para salvar a sus hermanos o padres, depende de que no se considere que estas acciones son, de por sí, inaceptables. De mi lado, creo que toda coacción es, en principio inaceptable; precisamente porque los hombres no son medios sino fines. Por ello, lo que debe hacerse, es *pedir*, no *arrancar*.

## IV. Objetivo de esta tesis doctoral

**a) El estado de necesidad agresivo justificante es una institución definitivamente irregular en un ordenamiento jurídico penal liberal.**

1. El Derecho debe ocuparse, en principio, por mantener las esferas de libertad individual separadas y de reprimir acciones que perjudiquen a terceros, es decir de conductas que extralimiten la propia esfera personal de libertad para lesionar una esfera de libertad ajena.<sup>152</sup> Con ello, la reducción de la libertad de actuar del ciudadano<sup>153</sup> se conforma fundamentalmente a partir de *deberes negativos*, esto es, de no generar daño en esferas de libertad ajenas (de no actuar contra otros), y no al fomento, a la mejora ni a la protección de los otros (que son todas formas de acción). No puedo inmiscuirme en la esfera individual ajena para dañar, pero tampoco debería estar obligado a extender mi actuación a un ámbito externo de organización para mejorar la situación de los intereses ajenos, aumentando con ello su esfera de libertad.<sup>154</sup> Salvo, claro está, que tenga un deber especial de hacerlo, voluntariamente asumido, y en el marco de una relación interpersonal particular, específica (no de una general, o indeterminada).

2. Por ello, desde una concepción liberal de las relaciones tanto verticales (individuo-Estado) como horizontales (entre ciudadanos) *destacan claramente los deberes negativos*, y los únicos *deberes positivos* (de actuar) que parecerían obtener *prima facie* legitimación, serían aquellos *deberes positivos especiales* en los que el vínculo del agente con la persona objeto de la solidaridad (intensificada) deriva de la decisión libre de aquél, bien por contrato o por una vinculación intersubjetiva específica adquirida por asunción de un determinado rol social (normalmente institucionalizado, padres- hijos, policías, guardavidas,

---

<sup>152</sup> Nino cita aquí a Mill, “*tan pronto como cualquier aspecto de la conducta de una persona afecta en forma perjudicial los intereses de otros, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella, y la cuestión de cuándo el bienestar general será o no promovido interfiriendo con esa conducta, queda abierta a discusión. Pero no hay lugar para considerar ninguna cuestión de ese tipo cuando la conducta de la persona no afecta los intereses de nadie, aparte de los que ella misma, o no los afectaría si ellos no lo quisieran (siendo todas las personas afectadas de edad madura y entendimiento normal). En estos casos debe haber perfecta libertad, jurídica y social, para realizar la acción y atenerse a las consecuencias*” (John Stuart Mill, en “On liberty”). Mill, explica Nino, justifica esta postura anti-perfeccionista aduciendo un valor de libre experimentación en materia de planes personales de vida, y la ineficacia de imponer coactivamente ideales de excelencia humana, que deben dejarse librados a la persuasión y al debate crítico (NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2da. ed., 14<sup>a</sup> reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, 420).

<sup>153</sup> El establecimiento de esferas de libertad, por definición limitadas, ya supone un sacrificio de ámbitos individuales de autonomía en aras de aumentar la libertad de todos. El Estado debe proteger esa separación y es garante de su mantenimiento. (ver ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Autonomía, solidaridad y deber de socorro (un apunte histórico)”, *ADPCP*, Vol. LIII, 2000, 361 a 411. Aquí, 362 y 363.

<sup>154</sup> Así, ALCÁCER GUIRAO, 362.

por ejemplo). Con ello, los otros deberes de solidaridad, deberes mínimos, llamados *deberes positivos generales* (por ejemplo el de socorro del art. 108 del CPA) o los *deberes negativos generales* (como el de sacrificio del tercero inocente sobre el que recae la acción de salvamento del sujeto necesitado en estructura de estado de necesidad agresivo) deberían quedar, en principio, “fuera de la agenda del liberalismo”.<sup>155</sup> La existencia de esos *deberes generales* (positivos y negativos) en nuestros sistemas jurídicos, señala Alcácer Guirao, “genera una *evidente tensión* entre el principio medular de la autonomía individual y la solidaridad”. Es que:

3. ... *la idea de solidaridad, no fundamenta derechos del individuo, sino que interpone deberes; no se dirige a la evitación de ataques externos a la autonomía del individuo, sino que exige la renuncia a la consideración de derechos propios a favor de la comunidad u otros individuos... por lo que sólo podrían aspirar a una legitimación precaria, marginal, en cualquier caso excepcional, en el ámbito público del Derecho, quedando relegados, por lo general, al ámbito privado de las virtudes morales, merecedoras de alabanza por su realización, pero no de reproche por su defraudación*”.<sup>156</sup> Creo que Alcácer Guirao tiene razón. Todo ello puede resultar una aspiración legítima desde un punto liberal, como el que yo mismo sustento. Sin embargo, no vengo aquí a negar la solidaridad. No creo que, en tanto personas que compartimos nuestra vida con otras, no tengamos ciertos deberes de solidaridad con los demás. Y que se puede, *y que se debe*, ser liberal con ello. El principio nuclear de un ordenamiento jurídico liberal es la autonomía individual, y, con ella el deber de no dañar al otro (el deber negativo, *neminem laedere*). Pero, tal como nos enseñó en su tiempo Baldó, ya del *neminem laedere* se desprende también un mandato que no es sólo negativo, sino un mandato positivo: un deber de respeto en forma de *reconocimiento* por el otro. En la propuesta que se defenderá aquí del deber negativo general (*neminem laedere*) se deriva un deber positivo general y mínimo. Ello porque el mandato de “no dañar al otro”, supone *también* el reconocimiento a su propia esfera de libertad *y a su dignidad de persona*, y, en ocasiones, de ese reconocimiento deriva un deber mínimo -que no es sólo moral sino también jurídico-, de auxilio en la emergencia.<sup>157</sup>

4. Ciertamente que no nos alcanza. Que no es posible transformar ese deber de no injerencia, en un deber de acción; en un deber positivo que no se limite simplemente al

---

<sup>155</sup> ALCÁCER GUIRAO, 364.

<sup>156</sup> ALCÁCER GUIRAO, 365.

<sup>157</sup> Trato la cuestión en la Tercera Parte, Capítulo VIII, punto 2.

respeto o al reconocimiento. *Dar el salto* del simple *respeto o reconocimiento pasivos*, a la *empatía en acto*. A una empatía que no resulte en un mandato libre o abierto de *mejora o de fomento* de la esfera de libertad ajena (que no nos debemos), pero sí de socorro activo o de pasiva tolerancia frente a personas que lo necesitan, que nos necesitan, que están en peligro. Pero como un deber, primero hacia mí mismo (como una máxima universal, como ley natural) y, por tanto, en situaciones especiales, con un positivo *derrame* hacia los demás.

5. Desde una concepción estrictamente liberal, la tan expresiva como poco asible idea de la *solidaridad* como fundamento de deberes de amparo activo de personas en peligro o de sacrificio en supuestos de estado de necesidad agresivo, no ha encontrado todavía, en mi opinión, un fundamento mínimamente convincente que permita validarla como fuente de deberes y de derechos. Pero, según creo, y aquí mi propuesta, los liberales no tenemos que ir a otro sitio a buscarnos nada. Podemos encontrar las respuestas que nos faltan para fundamentar tanto los derechos cuanto, sobre todo, aquellos *deberes positivos mínimos* en situaciones de socorro activo cuanto de sacrificio en situaciones de necesidad agresiva a partir, sólo, de los dos principios de una moral liberal tradicional: la autonomía individual y la dignidad en tanto somos personas. Como se verá en breve, en mi propuesta aunque la autonomía personal es el principio medular, la dignidad de la persona humana, que parte del reconocimiento del otro (de cualquier otro) como persona y del respeto que en esa condición le debo, se constituye, a la vez, en *fuentes* de los derechos y de los deberes que el sistema me reconoce y en un *límite* para ambos.

6. Creo, en resumen, que podemos interpretar esos deberes generales positivos que existen en nuestra ley de manera que no resulten contrarios a una concepción liberal del Derecho Penal, pero siempre recordando su carácter excepcional, subsidiario (de otros), mínimo y francamente extraño para una concepción de ese tipo. Ese es uno de mis desafíos aquí. Acaso el más difícil.<sup>158</sup>

#### **b) Tesis:**

***El estado de necesidad agresivo justificante es una institución irregular y excepcional en un ordenamiento liberal. Preciso resulta limitar el permiso legal para***

---

<sup>158</sup> Desafío que nos plantea, entre otros, Ernesto Garzón Valdés: “la cuestión es saber si un liberal coherente, que acepte la necesidad de proteger la autonomía individual y los bienes primarios que permiten su desenvolvimiento, puede darse por satisfecho con la mera imposición de deberes negativos” (GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 1986/3, 17 a 33. Aquí, 29).

***afectar (para dañar) a un inocente en los casos en los que un mal (un peligro) amenaza. Ello puede hacerse de una manera justa y convincente apelando sólo a los principios de autonomía y de dignidad de la persona humana.***

Sí, el estado de necesidad agresivo es una institución que casa definitivamente mal con un orden liberal, aparece como extraña y decididamente irregular. Mi propuesta será limitadora y muy restrictiva respecto de su reconocimiento y de su admisión. Ello en favor de una ampliación del estado de necesidad defensivo, que, con fundamento en el principio de la autonomía (*responsabilidad*), ninguna reserva puede plantear a un sistema liberal. Y también del argumento, que reconoce la misma raíz liberal, que dice que *cada uno debe cargar con aquello que le toca en suerte en la vida, a falta de un candidato mejor (casum sentit dominus)*.

Así intentare responder a estas dos preguntas:

**1. ¿Es compatible el estado de necesidad agresivo justificante con un ordenamiento jurídico liberal?**

**2. ¿En su caso, cuál deberá ser su extensión y cuales sus límites?**

**c) Quiero ofrecer una interpretación restrictiva, acorde con su fundamento irregular y excepcional.**

En un ordenamiento penal que pretenda llamarse y ser reconocido como liberal, el principio rector debe ser el de la autonomía individual. *Libertad para organizar y decidir mi vida como deseo* (con el límite del respeto por la esfera de libertad ajena y de la dignidad ajena), y *responsabilidad por aquello que hago* (principio de autodefinition de los intereses propios y de responsabilidad por organización defectuosa -por el mal manejo de esa libertad-, que causa daños a terceros; ambos derivados del principio rector de la autonomía individual). En un sistema de Derecho que se pretende liberal, cada uno debe hacerse responsable de sus acciones, pero también *asumir aquello que le toca*, por la sencilla, pero muy fuerte razón, de que a él le tocó (*casum sentit dominus; principio de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas, es decir a terceros*). Lo que queda, es residual.

Frente a la amenaza de un peligro, lo que procede hacer es enfrentarlo y sólo de forma excepcional, subsidiaria y mínima (muy limitada), acaso pueda permitirse el desvío hacia un



tercero inocente. Ello una vez constatadas ciertas condiciones necesarias para habilitar esa salida realmente excepcional.

El fundamento justificatorio tanto de ese desvío irregular, excepcional, subsidiario y mínimo, cuanto del deber de soportar o de ayudar a otro en peligro no será el reclamo por una poca convincente “solidaridad” y tampoco un deber general de fomento o de mejora del otro, que el Derecho no nos puede imponer. Será el respeto que debo al otro, su reconocimiento como persona, es decir, su dignidad.

Pero también será preciso examinar, con detalle, el sistema de reglas que permiten a unos el derecho de salvaguarda y, con ello, el de injerencia en la esfera de libertad y de derechos ajenos, y a los otros, el deber de tolerarla. Estoy convencido de que es preciso, y posible, hacer allí varias distinciones acerca *del tipo y del contenido de los derechos* que el permiso concede en uno y en otro caso y *del tipo y del contenido de los deberes* que resultan correlativos de esos derechos. Mi tesis es que difieren mucho unos de otros y que, con ello, se explican tanto el alcance como la extensión de cada uno.

Además pretendo profundizar en un principio que, aunque resultaba central en la tesis de Baldó, permanece todavía algo descuidado por los penalistas y que constituye, en mi opinión, un factor indispensable a la hora de entender esta figura y a la hora de aplicarla en los casos prácticos: *el principio del casum sentit dominus* (debes asumir y enfrentar tu propia desgracia, accidente o destino a falta de un responsable por él). Considero que un reparto justo de las cargas sociales y respetuoso de los principios fundamentales del liberalismo, empieza por reconocer que si no existe un candidato preferente para hacerse cargo de los costes o del sufrimiento que un mal supone o anuncia, es decir a falta de un *responsable* por el peligro, el sujeto preferido no es el *inocente* (al que acudimos casi sin pensar) sino el *competente*, esto es, el necesitado. Con ello pretendo mostrar también (de esto no se ha hablado hasta donde alcanzo) que *a la hora de decidir cómo gestionar el peligro* que al necesitado amenaza, *éste de hecho toma una decisión, libre y responsable*. Y que esa decisión libre y responsable también debe ser considerada en el juicio de ponderación, y para el saldo final. Habrá *menos mal* en el mundo (*ex post*), si el amenazado por el peligro resuelve el conflicto enfrentándolo, en lugar de cargárselo a un inocente y de salvarse *a su costa*. Esto es,

si mantiene y resuelve la situación que *a él le tocó y que él mismo planteó en términos de conflicto*, en la esfera en la que se suscitó, evitando *abrirla* a un tercero inocente (si me lo permiten: concentración del dolor y no desparramo de dolor).

Finalmente, resultará preciso identificar y explicar cuáles son los límites al derecho de salvaguarda y, por tanto, de injerencia en la esfera de otro (en su caso, del inocente) tanto si esos límites son absolutos, como si son relativos con respecto a los principios centrales del liberalismo: la autonomía individual y la dignidad de la persona humana.

#### **d) Estructura (partes) y orden de este trabajo:**

Estructuraré mi trabajo de la siguiente manera:

**En la Primera Parte: “El fundamento del estado de necesidad agresivo justificante”** presentaré al fundamento que, aún hoy, aparece como dominante en la doctrina general y que no resulta aceptable desde una visión liberal. El del interés preponderante (“o del mal menor” o “la teoría de la colisión”). Luego examinaré sus críticas y por qué es que no resulta un buen argumento, si es que de un orden jurídico liberal hablamos. Después veremos cómo es que llegamos, a partir de esas críticas, a la razón justificadora que lo va desplazando de ese lugar de privilegio: es decir a la idea de la “solidaridad”. Examinaré dónde es que pretende anclarse esa idea y cuáles son las críticas que, en general y, también en mi opinión, merece.

**En la Segunda Parte, “La irregularidad del estado de necesidad agresivo en un ordenamiento jurídico liberal”**, intentaré indagar si esta causa de justificación, este *permiso para causar un daño a un inocente*, resulta legítimo para un sistema de libertades. Cuál es su “espacio margen”, en su caso, y por qué es que tanto su *prima hermana*, la legítima defensa, como *su hermana*, el estado de necesidad defensivo, son estructuras regulares de un sistema penal liberal y ella no parece necesaria ni se siente *cómoda* dentro de esa familia.<sup>159</sup>

**A la Tercera Parte**, la he llamado “**Primera delimitación de las situaciones de necesidad y de qué libertad hablamos**”. Intentaré empezar a dar respuesta a algunos de los problemas que enfrentamos a partir de la ya (desde Baldó) clásica *tripartición* de las situaciones de necesidad, distinguiéndolas sobre la base del origen del peligro que amenaza,

---

<sup>159</sup> He oído que quiere irse de su casa... Su hermana y su prima convivientes se llevan demasiado bien; parecen entenderse a la perfección y tener a los mismos padres. A ella ni la consideran: es “sapo de otro pozo”.

esto es de la relación o de las *incumbencias* de los sujetos con ese peligro. Introduciré allí algunos cambios en la propuesta de Baldó para hacerla más compatible con un sistema liberal. Y además, creo que esto es también novedoso, hablaré y le daré relevancia material a la decisión que el necesitado toma frente al peligro (cómo lo gestiona), y a la dirección que le imprime *libremente* a su acción de salvamento (si lo hace en forma defensiva o agresiva). Luego, haré explícitos mis propios puntos de partida y presentaré a los referentes del ideario liberal que reflejan más acabadamente tanto mis intuiciones como mis pretensiones: John Stuart Mill e Immanuel Kant. Posteriormente, me referiré a la axiología que ilumina mi propuesta. Hablaré del principio nuclear que debe regir, en mi opinión, las situaciones de necesidad defensivas y agresivas (el principio de autonomía individual) y de su derivado que (el principio de *responsabilidad*, en las tres manifestaciones ya apuntadas conforme la propuesta de Baldó) y del principio de la *dignidad* de la persona humana, que en mi propuesta desplaza a la idea de solidaridad y es, a la vez, limitador de la autonomía.<sup>160</sup> Finalmente, diré por qué es que creo que nuestro ordenamiento jurídico es, esencialmente, liberal.

**La Cuarta Parte se denomina “Derechos para unos y deberes para otros”.** Allí, una vez definido el esquema axiológico que deberá regir las situaciones de necesidad (fundamentalmente la agresiva), me propongo examinar y encarar el tratamiento de la cuestión deontológica, es decir, el sistema de derechos y de deberes que las situaciones de necesidad otorgan a unos e imponen a otros. Trabajaré primero con los conceptos de *deberes negativos* y *positivos* y sobre la primacía, en mi propuesta, de los primeros por sobre los segundos. Trataré luego de descubrir qué derechos y que deberes son, que intensidad y qué alcance tienen en cada una de las estructuras de los permisos por necesidad que, como anticipé, son bien distintos. Analizaré después, lo que queda de la solidaridad (¿solidaridad?) en mi propuesta: deber mínimo de tolerancia en estado de necesidad agresivo; exclusión de la figura del auxilio necesario de terceros en estado de necesidad agresivo justificante, y me

---

<sup>160</sup> En el sistema que propone Wilenmann, también se reconoce a la *solidaridad* un papel significativo. Dice: “Aunque la distribución formal de autonomía constituye la forma general de atribución de la libertad a través del derecho, éste establece a su vez límites en la observación puramente abstracta de conflictos. Esos límites, en los cuales se expresa la posibilidad de una consideración sustantiva y concreta de la libertad en juego, pueden ser agrupados bajo la descripción “principio de solidaridad”. El principio de solidaridad constituye de esta forma a la vez un límite a la abstracción en la reconstrucción de conflictos normativos por parte del derecho y una excepción en el tipo de razonamiento que permite distribución de libertad: en vez de asignación abstracta fundada en posiciones formales, asignación concreta fundada en intereses concretos en juego. (WILENMANN, “El sistema...”, 9). Yo no creo que el Derecho asigne ni distribuya nada. Sólo viene a *reconocer* y *tiene el deber de asegurar* espacios de libertad que, como personas, tenemos. Por otro lado, en mi propuesta se reemplaza a “la solidaridad” por el principio de dignidad con lo que no existe contradicción posible alguna “a lo interno” de esa relación sino, más bien, reconocimiento de límites para la autonomía individual impuestos por el principio de la dignidad; esto es *límites inmanentes*).

concentraré en el deber positivo general de socorro del art. 108 del CPA, que no reconozco como “espejo” del deber de soportar del inocente en estructura de estado de necesidad agresivo. Luego, pondré la atención en un instituto de fuerte impronta liberal que, como dije, encuentro algo despreciado, y que tiene, a mi juicio, enorme relevancia e incidencia a la hora de analizar y de resolver estas cuestiones. Es decir quién tiene derecho, en su caso a qué y con qué alcance y quién tiene el deber, en su caso de qué y con qué alcance: *el casum sentit dominus*. Además, trataré la cuestión, ya sugerida, de *los dos momentos (distintos, temporalmente separados) en los que se desdoblán todas la estructuras de necesidad justificantes* y la importancia que en cada uno de ellos tiene la decisión que, libremente, toma el amenazado por el peligro (el necesitado). Finalmente diré cual es el fundamento del estado de necesidad defensivo y, fundamentalmente, del agresivo justificante que defiende desde una perspectiva liberal.

**La Quinta Parte** está dedicada a la “**Dogmática de un estado de necesidad agresivo mínimo**” y presentaré allí los resultados a los que llego en mi tarea de presentar un estado de necesidad agresivo justificante subsidiario, excepcional y mínimo. En primer lugar explicaré por qué es que el estado de necesidad agresivo ha quedado mínimo y a expensas de qué o de quien. Describiré luego los elementos objetivos y el subjetivo de la figura y la interpretación que para cada uno de ellos propongo sobre la base de los presupuestos axiológicos y deontológicos ya presentados. Asimismo, los límites que los principios liberales (el de la autonomía individual y el de la dignidad) imponen a todo aquel participante en una situación de necesidad agresiva justificante y propondré el esbozo de una teoría de los bienes personales nacida de estos principios de la libertad y que resulte útil (no pretendo más...), para el análisis y la delimitación de las estructuras de necesidad.

Termino con las “**Conclusiones**” cuyo alcance y contenido se explican por sí mismos. A trabajar.

## **Primera Parte: El fundamento del estado de necesidad agresivo justificante**

En esta parte del trabajo, trataré primero el fundamento más generalizado en la doctrina para la causa de justificación por necesidad agresiva y, según algunos, para todas las causas de justificación: *la teoría del interés preponderante* (también conocida como la teoría de la colisión), y de sus críticas. En segundo lugar, pondré atención al argumento que más se utiliza en reemplazo o como complemento de esa teoría, que es la idea de la *solidaridad* y, por cierto, también a sus críticas.



## Capítulo I. La Teoría del interés preponderante.

*“What the utilitarian theory cannot capture,  
I would suggest, is the notion of persons having rights.  
And it is just this notion that is central  
To any Kantian outlook on morality”<sup>161</sup>*

### 1. Presentación de la teoría del interés preponderante o “del mal menor”.

Resulta *communis opinio* que las causas de justificación regulan situaciones en las que se manifiestan conflictos de bienes (o de intereses) que el Derecho está llamado a resolver, concediendo un derecho de salvaguarda al necesitado e imponiendo un deber de sacrificio al titular del interés menor que se sacrifica. La teoría del interés preponderante (o teoría de la colisión)<sup>162</sup> asume que la forma más sencilla, evidente y neutral para hacerlo es a favor de bienes (o de intereses) más valiosos en la situación dada,<sup>163</sup> y la solución aparece bien sencilla: debes salvar siempre el bien o el interés superior.<sup>164</sup>

Explica Roxin, uno de sus principales valedores, que con el Código Penal Alemán de 1871, sólo se establecían preceptos de estado de necesidad disculpante (los § 52 StGB y § 54 StGB equivalentes al actual § 35 StGB), aunque formulados de modo más estricto. Y que con la entrada en vigor del Código Civil Alemán de 1900 (el BGB) se añadieron a ellas dos regulaciones de estado de necesidad en el Derecho civil que resultan importantes aún hoy. La de *estado de necesidad defensivo* (o defensa frente a cosas) del § 228 del BGB<sup>165</sup> y la del

---

<sup>161</sup> MURPHY, “Marxism and Retribution”, 220. Murphy escribe esa importante frase, luego de advertirnos de que la crítica más fuerte al utilitarismo no debería consistir en que el castigo del inocente no parece siempre o en todo caso una mala opción bajo esta teoría (crítica que puede y que ha sido contestada) sino, principalmente, porque no puede explicar tampoco *el castigo del culpable* sobre otra base distinta a la de su propia instrumentalización (el de su utilización, como prevención para él mismo o para los demás). Seguimos, con ello, utilizando a esa persona como un medio o como un instrumento para algún bien social futuro y, por tanto, no lo tratamos como un fin en sí mismo de acuerdo a su dignidad y a su condición de persona (ver, para ello, 219).

<sup>162</sup> Así MIR PUIG, DPPG, 10ma., 466-470 y JAKOBS, 13/4.

<sup>163</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 235.

<sup>164</sup> BOCKELMANN, Paul/VOLK, Klaus, *Derecho Penal, Parte General*, 210-211: “según este principio, actúa correctamente quien soluciona una colisión de bienes sacrificando el bien de menor valor en beneficio del más valioso”. Pero, siguen, “no se puede depender sólo de ella..., la prelación de valor no es sólo prelación de bienes sino de intereses en conflicto”.

<sup>165</sup> “§ 228 del BGB: Quien dañe o destruya una cosa ajena para evitar un peligro proveniente de ésta, tanto para sí como para otro, no actúa antijurídicamente, si el daño o la destrucción son necesarios para evitar el peligro y el daño no es desproporcionado respecto del peligro. Si el agente fue responsable del peligro, entonces está obligado a indemnizar el daño” (tomo la versión de HILGENDORF, VALERIUS, DPPG, trad. de Días y Sancinetti, 111). Los casos más importantes de estado de necesidad defensivo jurídico civil fueron, tradicionalmente, la eliminación de perros y de gatos salvajes. (ver JESCHECK, *Tratado...*, § 33, II y WELZEL, 147).

*estado de necesidad agresivo jurídico civil* del § 904 del BGB.<sup>166</sup> Con el tiempo, estas dos disposiciones llevaron a abandonar las *teorías unitarias o monistas* y a aceptar las *diferenciadoras*. Esto es, a entender *que no todo estado de necesidad debía considerarse o como una causa de exculpación o como una causa de justificación*, sino que, siguiendo “la teoría de la diferenciación”, podían y debían distinguirse esos dos supuestos. Concretamente, explica Roxin, se reconoció que las dos disposiciones de la ley civil vigentes eran causas de justificación y aquellas reconocidas en la ley penal, causas de exculpación.

Pero lo cierto es que *ese ámbito de lo justificable* quedaba, con ello, “muy estrecho”. Sólo comprendía la defensa contra peligros provenientes de las cosas (§ 228 BGB) y la injerencia únicamente también en cosas de terceros para afrontar un peligro cualquiera (§ 904 BGB). No existía, por ejemplo, una disposición para el caso de que en situaciones de necesidad hubiere que afectar otros bienes distintos a las cosas: por ejemplo, si luego de un accidente de tránsito, era preciso llevar a un herido al Hospital e infringir, con ello, preceptos del tráfico, faltaba la norma que, para salvar la vida, permitiera perturbar la seguridad del tráfico.

De esta situación, explica Roxin, nació en el Derecho penal alemán el *estado de necesidad suprallegal* “que se desarrolló partiendo del principio en el que se basan todas las causas de justificación, a saber: que en caso de colisión ineludible de intereses en pugna, el sujeto actúa conforme a Derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y, con ello, en definitiva, hace algo socialmente provechoso”.<sup>167</sup>

Con la teoría de la colisión, aparecieron dos posturas que, primero, se enfrentaron y que ahora se complementan. **La teoría del fin**, propugnada especialmente por Von Liszt y su discípulo Eberhardt Schmidt, sostenía que “*no son antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido*”. Y **la teoría de la ponderación de bienes**, cuyo exponente principal fue Mezger, sostenía el principio de que “*no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en*

---

<sup>166</sup> “§ 904 BGB: El propietario de una cosa no está autorizado a prohibir la actuación de un tercero sobre ella, cuando sea necesaria para impedir un peligro actual, y el daño que amenaza al tercero sea desproporcionadamente mayor que el daño que la actuación origina al propietario. El propietario podrá exigir la reparación del daño sufrido.” (HILGENDORF, VALERIUS, DPPG, trad. de Dias y Sancinetti, 112).

<sup>167</sup> ROXIN, Claus, T. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2da. ed. alemana y notas a cargo de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, T. 1, 16/1 a 3. Subrayados míos.



*peligro un bien jurídico de inferior valor si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor”*.<sup>168</sup>

La disputa encontró una *solución de autoridad* con una sentencia particularmente importante (y polémica) del Tribunal Supremo alemán relativa a un supuesto de aborto indicado médicamente. En es misma sentencia, el Tribunal hace varias cosas a la vez. Separa claramente las causas de exculpación de las causas de justificación; se adhiere a la teoría diferenciadora para el estado de necesidad; afirma la existencia de un estado de necesidad penal justificante no escrito (es decir, *supralegal*) y lo fundamenta en la *teoría de la ponderación de bienes y deberes*.<sup>169</sup> La forma de ponderar esos intereses en conflicto no resultaría hoy aceptable: el Tribunal sólo comparó las penas previstas en abstracto en la ley para la muerte de la mujer adulta con las previstas para la muerte del feto (aborto) y concluyó, claro, que la solución se imponía: la vida de la madre recibía una protección jurídica mayor que la del *nascitorus*. Pero más allá de este detalle (no menor), la histórica sentencia despachó también sus críticas contra la teoría del fin porque: “... *dada la amplitud de su formulación, no es posible ver claramente si su aplicación en la praxis no conduciría a consecuencias objetables... En cambio cuando no es posible un equilibrio sino destruyendo o dañando uno de los dos bienes jurídicos, el bien de inferior valor ha de ceder ante el de superior valor, y por lo tanto, no es antijurídica la injerencia en el de inferior valor*”. Cuestión saldada.

Y así siguieron las cosas, nos dice Roxin, hasta 1975 cuando se sancionó el nuevo Código Penal Alemán y la teoría de la diferenciación se consagró legislativamente incorporando en el § 34 a la causa de justificación<sup>170</sup> y en el § 35, a la excusa.<sup>171</sup> De todos modos el recurso a la simple ponderación de intereses ya venía pareciendo insuficiente. Así,

---

<sup>168</sup> ROXIN, DPPG, 16/3.

<sup>169</sup> Sentencia RGSt 61, 242 del 11-3-1927. Ver ROXIN, DPPG, 16/4.

<sup>170</sup> “§ 34 *Estado de necesidad justificante*: El que, ante un peligro actual e inevitable de otro modo, para la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no obra antijurídicamente si, al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que les amenazan, el interés salvaguardado sobrepasa esencialmente al lesionado. No obstante, lo anterior sólo rige en caso de que el hecho constituya un medio adecuado de evitar el peligro.”

<sup>171</sup> “§ 35. *Estado de necesidad disculpante*: (1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque él mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso 1, cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces solo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.”

nos informa el autor, que el mismo Tribunal Supremo, en otro caso de aborto, consideró que *la opinión contraria de la madre a practicarlo, debía tomarse en cuenta* (y eso no tenía nada que ver con el *valor abstracto de los bienes* en juego y sí, por cierto, con –algunos– de los *intereses personales* en juego). Asimismo, parecía claro que ya en los artículos del Código Civil mencionados, el legislador no había considerado sólo a los bienes como objeto de ponderación, sino también a otros intereses. En el § 228 BGB, *el origen del peligro* (que éste procediera de la esfera de la víctima de la injerencia) y en el § 904 BGB el de que *se interviniera en la esfera de un tercero extraño* (en la de un inocente). Volvía entonces a la escena la teoría del fin: *preciso es considerar el medio adecuado (justo) para el fin justo*.

Y eso es lo que terminó por decidirse en Alemania. En la regulación actual del estado de necesidad justificante (que proviene del Proyecto de 1962), se sustituyó la exigencia de la ponderación de bienes por el de la ponderación de *intereses*, con lo que el valor de los bienes pasó a ser (sólo) un factor más a tener en cuenta junto con *otros* en el juicio de ponderación. Y se añadió *la cláusula de la adecuación* (que es, de algún modo, *la teoría del fin*) para lograr el mismo objetivo: introducir en el juicio de ponderación otros valores o circunstancias diferentes a la estimación comparativa de bienes en conflicto. Roxin, de todos modos (entusiasta defensor de la teoría de la ponderación de bienes) no quedó muy satisfecho y advierte sobre *“las dificultades que ha creado el legislador con una acumulación de teorías no totalmente meditada”*.<sup>172</sup>

En nuestra ley, si existe una norma que expresa con mayor nitidez esta preferencia por la salvación de un interés mayor con sacrificio del menor, es la del estado de necesidad justificante del art. 34.3 del CPA. Pero atención, que la ley habla de *males* no de bienes ni de intereses, lo que permite bastante mayor libertad y amplitud en la interpretación. Nuestro legislador, recuérdese, hablaba de que era una fórmula tan clara que no requería explicación alguna. Y sus predecesores, decían que la ley sólo consagraba *aquello que la razón demandaba*. Era la idea fuerte en la época. Ya Binding sostenía, en su libro de estudio de 1885, que *“dondequiera que el Estado se encuentre ante dos males de los cuales uno acaecerá, (aquél) evita el mal mayor, escoge el más pequeño (o) admite uno entre dos males iguales”*.<sup>173</sup> Es que obligados y puestos a comparar no parece quedar otra solución más razonable que la de elegir salvar el interés mayor sacrificando el menor. En mi país, a veces parece olvidarse que el legislador habla de comparar *males* en disputa, y se comienza por el

---

<sup>172</sup> ROXIN, DPPG, 16/7.

<sup>173</sup> Recojo la cita de COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 238.

valor abstracto de los bienes (mirando la ley penal) y luego se habilita la consideración de otros factores relevantes como, por ejemplo, la proximidad del peligro, la probabilidad y la intensidad de la lesión esperable.<sup>174</sup>

Pero evidentemente, “*la ponderación de intereses viene a parar –al igual que, con mayor razón, la ponderación de bienes- a la idea de que el fin justifica los medios, si no se encauzan los medios limitándolos a aquellos adecuados.*”<sup>175</sup> Ese es precisamente el punto, según creo. Caemos precisamente en aquello que los liberales pretendemos evitar: la utilización de una persona como medio y el olvido de que ella es, en rigor, un fin.<sup>176</sup>

También muy sorprendentemente, por lo que ya dije, Wilenmann es crítico de la teoría de la ponderación de intereses (¡...!): “este sistema no resulta convincente...”<sup>177</sup>, es que “... esta fórmula, originada en Mezger, y claramente vinculada a la idea de fin de protección de bienes jurídicos es expresiva de una interpretación utilitarista de las causas de justificación y del Derecho penal en general. Allí donde el resultado indique mayor beneficio que perjuicio, estará la respuesta. Pero ello puede llevar a consecuencias absurdas, como la afectación de individuos sin responsabilidad alguna con la justificación de que ello favorece a una cantidad mayor de individuos.”<sup>178</sup> “... Si el Derecho asegura a los ciudadanos que sus bienes no pueden ser afectados por terceros, entonces la posibilidad de que ello ocurra requiere una explicación adicional”<sup>179</sup> (a la que el simple cálculo ofrece).

De todos modos, aún a pesar de las críticas, todavía la legitimación de los deberes de tolerancia en el estado de necesidad agresivo a partir de la idea de la salvaguarda del interés preponderante es un lugar común en la doctrina jurídico penal continental<sup>180</sup> y absolutamente

---

<sup>174</sup> Por todos, ZAFFARONI, *supra* nota 68.

<sup>175</sup> JAKOBS, DPPG, 13/4.

<sup>176</sup> En JAKOBS (op. y loc. cit.) la preocupación, claro, no es la misma, sino que deben ser “los medios adecuados para el ordenamiento determinante”... “Por ello, a causa de la necesidad de emplear no un medio ajustado a los intereses, sino un medio adecuado y proporcionado, se ha desarrollado para el estado de necesidad la *teoría del fin*, al principio yuxtapuesta a la teoría del conflicto y después complementándola, según la cual una acción es conforme al Derecho cuando constituye el medio adecuado (justo) para el fin reconocido como legítimo (justo)... esta teoría del fin sigue siendo *indispensable* para limitar las teorías que sólo atienden a la ponderación”.

<sup>177</sup> Ver WILENMANN, *La justificación...*, 35 a 58, en donde el lector encontrará un desarrollo pormenorizado de esta teoría, de sus críticas y la del autor, que la califica “como una teoría formal irrelevante o como una teoría sustantiva insostenible” (...).

<sup>178</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 48.

<sup>179</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 53.

<sup>180</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 238. Entre sus defensores, ROXIN, DPPG, 16/7; HASSEMER, *Fundamentos...*, 263; BOCKELMANN, Paul-VOLK, Klaus, *Derecho Penal, Parte General*, 210: “la causa de justificación que el § 34 regula, se basa en el principio de ponderación de intereses”; OTTO, Harro, *Manual de Derecho Penal. Teoría General del Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2017, 171; VON WEBER, *Lineamientos...*, 93 a 106, “... aunque el sistema legal concede al ciudadano un ámbito jurídico y en esta

dominante en mi propio entorno.<sup>181</sup> Y como pasa con Wilenmann hasta sus más férreos críticos, se enredan con ella y terminan rendidos en el altar del utilitarismo más extremo.

## 2. La teoría del interés preponderante como “ley general”:

Pero algunos de los partidarios de la teoría del interés preponderante son mucho más ambiciosos. Como vimos, Roxin no sólo ve en ella o pretende que sirva de fundamentación para la justificación de estado de necesidad, sino para todas las demás causas de justificación. Larry Alexander, crítico, la denomina: “*la justificación paradigmática*”.<sup>182</sup> En Argentina, uno de los principales defensores de esta idea fue Núñez:

---

protección de sus bienes jurídicos está basada la seguridad jurídica y, con ello, la libertad del individuo, esta protección no es absoluta, pues todos los bienes jurídicos están limitados a favor de intereses ajenos... en ciertos casos la necesidad de alguien no legitimado puede ser tan grande que, excepcionalmente, este interés en la seguridad jurídica pasa a un segundo plano y se permite una injerencia normalmente prohibida en un bien jurídico protegido” (op. cit., 101).

<sup>181</sup> ZAFFARONI, *Tratado...*, T. III, 590: “En el estado de necesidad, el orden jurídico se resigna a que tenga lugar un mal menor, y por ello el límite de lo injusto termina cuando se actúa para impedir el mal mayor”. “... el fundamento es la necesidad de salvar el interés mayor sacrificando el menor. Aquí el orden jurídico, en razón de la cuantificación de la lesión, permite la lesión de menor cuantía, a diferencia de la legítima defensa, en (la) que si bien hay un balanceamiento de intereses, en ésta se debe colocar en balanza también la antijuricidad de la agresión, lo que complica en los casos particulares la solución” (*idem*, 626). Claro e insistente, DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, 156: “Lo esencial es la salvación del bien más valioso, en menoscabo del que menos valor tiene...” En 159: “No hay duda de que se trata de una causal de justificación, ya que se intenta salvar un interés de mayor valor, produciendo un mal menor”. En 161: “... la idea rectora del estado de necesidad es, sin dudas, la ponderación de intereses o bienes, de modo que la justificación está dada por el salvataje del bien o del interés de mayor valor jurídico”. Pero Donna, reconocido kantiano, incorpora como fundamento, lo que me resulta muy importante, el principio de la autonomía y al de la dignidad, como un límite. Muy en sintonía con lo que aquí vengo a proponer, pero sin desarrollo, a lo menos en este trabajo. Por cierto que, antes, Nino: “difícilmente el problema de necesidad pueda considerarse resuelto con la mera comparación del valor que el derecho asigna a diferentes bienes” y pone como ejemplo el de la extracción forzada del riñón. “La explicación de por qué ese resultado resulta inaceptable es fácil de ver... deriva del principio kantiano de que los hombres no pueden ser utilizados solo como medios para fines distintos de ellos mismos...” (NINO, *Los límites...*, 475). Volveré sobre la cuestión. Por su parte, BACIGALUPO, DPPG, §52/723 dice: “el fundamento del estado de necesidad es en opinión de la mayoría, el interés preponderante.” De todos modos el autor distingue dos fundamentos diversos según se trate de un estado de necesidad defensivo (responsabilidad del titular de los bienes afectados) o agresivo (la solidaridad que el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos) (DPPG, *ibid.*), pero no nos dice por qué. Asimismo, aunque señala la importancia de la consideración de determinados intereses individuales del afectado en la situación de necesidad, el acento en este autor está puesto en la importancia de los bienes o intereses *en una determinada situación social*. “La razón de esta limitación (lesión al cuerpo por ejemplo) reside en que la acción necesaria en el estado de necesidad, debe constituir un medio adecuado socialmente para la resolución del conflicto”. (DPPG, §52/738 y 740). Righi y Fernández: “el inciso 3 del art. 34 contempla la acción realizada en el marco de una situación de necesidad, humana o naturalmente provocada, que destruyó o disminuyó un bien jurídico de menor jerarquía al que se encontraba amenazado” (RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 198-199).

<sup>182</sup> Desde una visión crítica a su admisión en esos términos. Ver ALEXANDER, Larry, “Lesser Evils; a close look at the paradigmatic justification”, *Law and Philosophy*, (2005) 24:611-643. “A close examination of this justification of lesser evils (that 3.02 MPC provides) reveals many important issues that require resolution...” (612). Comparar los males, afirma, es uno de esos grandes problemas... “deberíamos tener un metro o alguna unidad de medida para compararlos... en los comentarios al MPC 3.02, nos dice, alguna métrica existe... los autores de esos comentarios tienen a la muerte como un mal mayor a la lesión, y a la lesión como un mal mayor

“Esas circunstancias particulares que transforman un hecho jurídicamente perjudicial por ofender un interés prevaleciente, en un hecho jurídicamente beneficioso, porque a costa del daño que se ocasiona se resguarda otro interés más valioso que es el de evitar ese daño, se denominan en doctrina *causas de justificación*”.<sup>183</sup>

En España comparten esta idea, entre otros, Fernando Molina Fernández y Diego Manuel Luzón Peña. Así, Molina Fernández<sup>184</sup> dice con contagioso entusiasmo:

*“las causas de justificación operan ordenadas dentro de una estructura piramidal que va de lo más general y abstracto a lo más específico, y en cuya cúspide aparecería un principio básico que expresaría la propia esencia de la justificación”*.<sup>185</sup> *“Bajo el título de la ponderación de intereses no se encuentra tanto una fórmula más de justificación como la propia expresión de la idea de la justificación... Traduce el componente mínimo de racionalidad cuando se actúa en situación de conflicto”*<sup>186</sup>. *“...El principio elemental que subyace a cualquier causa de justificación es el siguiente: todas ellas entrañan un conflicto de intereses que debe resolverse a favor de los intereses preponderantes determinados desde la óptica del ordenamiento”*.

He aquí, para muchos, la idea fundamental. Así, el Supremo Alemán tenía razón cuando autorizó la eliminación del feto en el aborto terapéutico y no la tenía cuando, después, consideró las razones de la madre para oponerse. Según esta sencilla idea, y *“desde la óptica del ordenamiento jurídico”* dos vidas valen más que una, y 50 menos que 5000. Estamos en el mismo lugar, es decir *nowhere*. Por su parte, dice Diego Luzón Peña: *“las causas de justificación son circunstancias eximentes que por determinada razón (la ponderación de intereses) excluyen la antijuricidad o la ilicitud de la conducta típica”*.<sup>187</sup>

En Chile, Politoff, Matus y Ramírez, también sostienen que el principio del interés preponderante fundamenta *“la legítima defensa, art. 10 nos. 4, 5 y 6, CP; el estado de necesidad, arts. 10 No. 7 y 145 CP; el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un*

---

que al daño en la propiedad. Y dentro de esas categorías, lo que diferencia a los males es la extensión del daño... dos muertes son peores que una; múltiples fracturas peores que un moretón; u\$ 1M de daño a la propiedad peores que u\$ 100”... *“So good so far, but nearly not far enough...”*. Entre los varios problemas que menciona: *“¿Qué pasa si alguno de esos males no entra dentro de esas categorías? y “... La extensión del daño no dice siempre cual es mayor... parece que es necesario recurrir a principios deontológicos”* (613-614).

<sup>183</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, T. I, 308. Y *“... dentro de su simplicidad lingüística, su fórmula representa la causa justificadora de más exactitud científica y mayor contenido conceptual, a tal punto que se puede decir que no es otra cosa que la generalización positiva del principio fundamentador de las causas de justificación”* (op. cit. 316).

<sup>184</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *“El estado de necesidad como ley general”*, *RDPC*, número extraordinario Iro., 2000, 199-260.

<sup>185</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, 200.

<sup>186</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, 218.

<sup>187</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3ra. Ed., Tirant Lo Blanch, 2016, 334. Distinguiendo luego entre causas de justificación del resultado y causas de justificación sólo de la acción.

*cargo, autoridad u oficio, art. 10, No. 10 CP y la omisión por causa legítima del art. 10 No. 12 CP*". Pero en Chile los únicos bienes que pueden ser sacrificados en estado de necesidad son la propiedad (art. 10 No. 7 CP) y la inviolabilidad de la morada (art. 145 CP).<sup>188</sup> Antes, en sentido parecido pero con prevenciones, y únicamente para clarificar la explicación (*motivos docentes*), Cury Urzúa.<sup>189</sup>

En Alemania, el padre de la idea fue Theodor Lenckner<sup>190</sup>. Dice, con todo, que cuando los intereses son balanceados o pesados, no es su valor abstracto la razón última o principal, sino la extensión de lo que merece ser protegido en el caso concreto. Así, en su opinión, la vida de una persona viva puede valer más que la de una no nacida, pero si la madre está resuelta a enfrentar el peligro que sobre ella se cierne, habrá que respetar su decisión.<sup>191</sup> Si la integridad física está en riesgo pero sólo de manera muy menor, y el daño a una propiedad puede ser total (su destrucción), entonces, sostiene, deberíamos pensar en justificar.<sup>192</sup> En suma, explica, la tarea de comparar es sustancialmente mayor que la sugerida por el principio del mal menor de la justificación por necesidad. "*Sólo adquiere sentido si... todas las tendencias preferenciales positivas y negativas inherentes al caso y a sus circunstancias concretas, son ponderadas*".<sup>193</sup> Y, "como también lo ponía de resalto Merkel ya en 1895, se considera que a la hora de hacer la comparación, no es el valor abstracto de los bienes lo decisivo sino el valor concreto de los *valores que están en conflicto* en ese caso en particular, entre ellos, la extensión del peligro, su proximidad, y cualquier grado de culpa de parte de la persona en la situación de necesidad, etc., son relevantes".<sup>194</sup> El Juez es quien debe decidir sobre peso relativo que tienen todas las circunstancias del caso. "La ley no puede más que reproducir la ley general, no las circunstancias adicionales del caso en concreto".<sup>195</sup> De todos modos, afirma Lenckner, "el principio general (la salvación del interés preponderante) está presente en todas las justificantes. Por ejemplo la legítima defensa, el caso más claro y

---

<sup>188</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, 2004, 212. Uno de los problemas de defender la teoría del interés preponderante es que sólo mira *el derecho del necesitado* y no los del inocente, que también los tiene...

<sup>189</sup> No cree el autor que se pueda hacer una clasificación de todas las causas de justificación, ello "resultaría agotador y utópico". Al sólo fin explicativo las agrupa en aquellas que se fundan en la *ausencia de interés* (consentimiento); *en el principio del interés preponderante* que subdivide en: a) que tienden a la *preservación de un derecho* –estado de necesidad y legítima defensa-, y; b) que tienden a la *actuación de un derecho* (ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo; cumplimiento de un deber). (CURY URZÚA, DPPG, T. I, 362-363).

<sup>190</sup> LENCKNER, Theodor, "The principle of interest balancing as a general basis of justification", *BYU Law Review*, 1986, issue 3, 644-668.

<sup>191</sup> LENCKNER, 645.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> LENCKNER, 644-645.

<sup>194</sup> LENCKNER, 654.

<sup>195</sup> LENCKNER, 659.

tangible de justificación, puede ser inferido directamente del principio del mal menor. En esos casos no estamos pensando sólo en la protección del interés concreto de un sujeto individual, sino en garantizar el orden general como un todo contra las agresiones ilegítimas.”<sup>196</sup>

Finalmente, y no es que a lista se agote, por cierto, en los Estados Unidos, Paul Robinson y Michael Cahill siguen esta misma postura.<sup>197</sup> Explican que “*el fundamento de todas las justificantes, estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio de la autoridad o de la fuerza pública (public authority defence) es el mismo: the societal interests are thought to justify the corresponding harm*”. No sólo porque se protejan intereses personales o sociales de mayor valor, sino porque también se protege la estabilidad y vitalidad de la norma cuestionada.<sup>198</sup>

### 3. Crítica a la teoría del interés preponderante.

La teoría del interés preponderante, como vimos, todavía muy dominante a la hora de fundamentar el estado de necesidad justificante (también en mi país), ya no puede sostenerse.

Ya dijo Baldó que la pretensión de explicar y fundamentar materialmente toda causa de justificación en este principio, exige que se sostenga una concepción tan amplia del mismo que acaba con su capacidad explicativa. En efecto, ella no aporta criterios materiales de regulación del orden social que puedan ser directamente aplicables (operativos). No son más que un instrumento analítico, metodológico o matemático. “Responde a la cuestión de *cuándo* una lesión o puesta en peligro de un interés penalmente protegido debe considerarse justificada por la existencia de un interés preponderante. Pero no responde a la cuestión del *por qué*, dada la mencionada preponderancia de intereses unos deben prevalecer sobre los otros. A esta última cuestión sólo pueden responder *verdaderos principios axiológicos*.”<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> LENCKNER, 660. También OTTO: “...al interpretar las causas de justificación en particular siempre debe tenerse en cuenta el principio (del interés preponderante): la interpretación tiene que hacerse, en cierta medida, a la luz del principio... en la práctica las causas de justificación concretizadas tienen prioridad sobre el principio como reglas especiales...”. (OTTO, Harro, *Manual de Derecho Penal. Teoría General del Derecho Penal*, 171-172).

<sup>197</sup> ROBINSON, Paul & CAHILL, Michael, *Criminal Law*, 2nd. Ed., Wolters Kluwer, 2012, 300: “The *lesser-evils justification* (also called *choice of evils* or *necessity*), most clearly reflects the general principle of justification. The defense explicitly requires: “the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged (Model Penal Code -MPC- 3.02 (1) a).

<sup>198</sup> ROBINSON & CAHILL, 301. Destacado mío.

<sup>199</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 40. Lo mismo puede decirse de la propuesta de Zaffaroni “el ejercicio de un derecho del art. 34.4 CPA es la fórmula general de las causas de justificación”. Ciertamente que “los derechos y garantías de la Constitución Nacional, son promesas de no interferencia por parte del legislador, mediante las cuales fija ámbitos de libertad de actos en relación con la vida, la integridad física, la propiedad, la expresión de

Es que no siempre tenemos *derecho* a hacer lo que entendemos (o lo que la mayoría entiende) “que sería bueno” o “mejor” hacer. Esta limitación es muy importante y, según creo, un talón de Aquiles de todas las formas de utilitarismo. Ejemplo: puede que un testigo de Jehová que necesita una transfusión de sangre para sobrevivir, la rechace de forma tajante amparado en su fe religiosa. Y a la mayoría ello podrá parecerle ridículo y hasta disparatado. Pero ¿tenemos derecho a forzarlo? ¿A hacerla de todos modos, en contra de su voluntad? Y la respuesta es que no. Y no se puede porque con ello lesionaríamos de manera muy significativa tanto su autonomía individual (su libertad) como su dignidad de persona.

La teoría del interés preponderante se asienta sobre un concepto de Derecho penal que atiende a la “*exclusiva protección de bienes jurídicos en interés de la comunidad*”, idea se encuentra en crisis desde hace tiempo, si es que no se ha derrumbado ya por completo. El fundamento que viene a reemplazarlo es la, para nosotros, mucho más atractiva y convincente idea de que, en realidad, el Derecho Penal no tiene (y no debe tener), un sesgo “colectivista” sino exactamente el contrario, uno eminentemente “personalista”. El Derecho penal tiene, como misión principal, el aseguramiento de dos cosas: a) del orden o de la paz (es decir la contención de la violencia social informal) y; b) de los espacios (o esferas) de libertad individual. Y ello es lo que, en definitiva, promueve o contribuye mejor a la paz social y a la solución de los conflictos intersubjetivos.

Así, explica Pawlik, a la interpretación tradicional del principio del mal menor, le subyace una determinación de los fines del Derecho penal que todavía sigue gozando de una amplia aceptación: “el fin del Derecho Penal consiste en la protección de bienes jurídicos”. Quien los pone en peligro o los lesiona, provoca un estado de cosas contrario a ese fin que se busca y, por consiguiente, su acción ha de ser valorada en forma negativa: produce un desvalor de resultado. Pero en los casos en los que una misma acción produce simultáneamente en el mundo un resultado valioso (la salvación de un bien jurídico) y uno disvalioso (el menoscabo o la pérdida de otro), sólo cabe el recurso a la ponderación

---

ideas, la participación política etc. (arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18 y 20 CN; arts. 1 a 27 de la DUDH y demás derechos ...) los que a su vez deben ser leídos como límites al poder de interferencia del Estado...” Y que “... la regla es la no intervención. Lo prohibido, la excepción.” (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Manual...*, 462). Pero tampoco nos dice por qué. Todas las causas de justificación reconocen derechos para unos y deberes para otros. Claro está que son permisos para ejercer derechos, lo que debemos identificar y comprender son las razones que están detrás y que fundamentan esos derechos y, sobre todo, el alcance que cada uno tiene. Y, mucho más importante, para que la libertad no sea más que una expresión de deseos, las razones que existen detrás de los correlativos deberes de tolerancia o de sacrificio que se imponen a los ciudadanos que soportan las consecuencias del ejercicio de esos derechos.



comparativa que lleve a determinar cual de los dos resultados de la acción tiene un mayor peso.<sup>200</sup>

Pero lo cierto es que, se ha dicho, *ya no se trata de hablar y de comparar bienes jurídicos, en complicadas operaciones de improbables y poco convincentes resultados, sino de “hablar de personas”*. Y de derechos y de deberes de las personas. Tal como intento hacer aquí, “se trata de verificar, en cada caso, cuál de los intervinientes ha empleado mal o ha abusado de su propia libertad, es decir quién ha violado el principio de autonomía individual – de separación de esferas organizativas autónomas- y, con ello, ha hecho nacer su responsabilidad por el propio comportamiento organizador”,<sup>201</sup> con afectación o con lesión de otro.<sup>202</sup>

Veamos esta evolución con algún detalle; es decir analicemos cómo el progresivo abandono de la idea de bien jurídico como paradigma, *como norte* y exclusivo objeto de protección del Derecho penal (proceso que está lejos todavía de haber terminado), se vio acompañado por el surgimiento de teorías que pusieron –y que ponen- *el acento en la persona* (en su libertad y en su dignidad) y ya no en la comparación o mensura de “bienes o de intereses vinculados a esas personas”.

### **3.1. La crisis de la idea del “bien jurídico”.**

La idea del recurso a la ponderación comparativa entre intereses, explica Pawlik, es producto de nociones *decididamente colectivistas* imperantes en el momento en que el estado de necesidad agresivo justificante se difundió con fuerza (fines del siglo XIX y comienzos del XX), a partir de la idea básica de que, de ese modo, se contribuiría a asegurar a la sociedad o al Estado, el mayor volumen total posible de bienes.<sup>203</sup> Son ideas, que como sabemos, encontraron su apogeo fundamentalmente en la primera mitad del siglo XX, hasta que cayeron en el abuso, en el descrédito y en la ignominia.<sup>204</sup> Lo cierto es que esta forma de ver

---

<sup>200</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 230.

<sup>201</sup> En términos de BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 43 a 61.

<sup>202</sup> Claro y convincente, COCA VILA, ver *infra*.

<sup>203</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 230.

<sup>204</sup> Me refiero a los sistemas de reparto o de “bienestar” de los países del norte de Europa o a algunos experimentos, mucho más trágicos, como los excesos del sistema imperante en la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas hasta la caída del muro que separó a las dos Alemanias, en 1989, y que llevó a su celebrada desintegración. Ya lo decía Churchill “el socialismo es la filosofía del fracaso, el credo de la ignorancia y la prédica de la envidia. Su virtud inherente es la distribución igualitaria de la miseria...”. <https://winstonchurchill.hillsdale.edu/socialism-is-the-philosophy-of-failure-winston-churchill/>.

las cosas, subordinaba los intereses individuales a los intereses del *todo social*, y se amoldaba perfectamente al pensamiento de la época y, sobre todo, al de las élites culturales.<sup>205</sup> Así, se trataba básicamente sólo de hacer algunos (sencillos) cálculos (como aquellos que nos propone Wilenmann). Y esos cálculos pasaban a ser una cuestión o bien puramente *cuantitativa* (“es preferible causar la muerte de una persona que la de dos”) o *cualitativa* (es decir de la comparación entre la clase de bien o del interés en cuestión; por ejemplo, integridad física por propiedad) o, *por último, de grado* de la lesión o del peligro (causar unas lesiones muy graves para salvar mi propia vida). Y el problema se conducía básicamente al análisis del requisito de la ponderación.

Pongamos dos casos para verlo claro:

#### **Caso 5. “Dame el paraguas...”**

*La Sra. Alicia, elegantemente vestida para la fiesta, se ve sorprendida por un intenso chaparrón, de camino al evento y en plena calle. Sabe que el agua arruinará su valioso atuendo y, por cierto, su peinado. En la emergencia, se cruza con un mendigo vestido con harapos y que, inoportuno, le pide una moneda. Pero que, para alivio de Alicia, ¡lleva un paraguas! Ella, sin siquiera responder a su pedido, y sin pensárselo demasiado, arranca el paraguas de las manos del sorprendido mendigo y sigue presurosa, oronda y satisfecha, su camino...*

#### **Caso 6. “Necesito tu auto... para Rigoberto”.**

*El joven Rigoberto acaba de sufrir un accidente en la calle. Lo atropelló una bicicleta, y se encuentra herido y sangrante en el piso. El ciclista se escapó. Rigoberto va acompañado por su padre quien, desesperado, pide al primer automovilista que encuentra que le entregue su auto para llevar a su hijo de urgencia al Hospital.*

*Ramón, el conductor, se lo niega porque “no le da la gana prestarle su auto”.*

---

Actualmente sólo algunos enarbolan estos discursos, pero más bien en la forma del *populismo* que en la del marxismo clásico. El *raro fenómeno* (que por estos lados lamentablemente votamos, es decir, elegimos y queremos...) “representa una realidad caracterizada por la construcción de una identidad colectiva, una suerte de estado superior a la demagogia, cuyo objetivo consiste en configurar una lógica del poder en la que una parte del pueblo asume la conducción y genera un permanente antagonismo con los sectores dominantes de la sociedad... (ver CASSAGNE, Juan Carlos, *El Estado Populista*, IBdef, Buenos Aires, 2018, 64 a 66). A juzgar por los resultados (jaque al sistema Republicano, monumental pobreza, corrupción obscena y enriquecimiento de muy pocos en el poder o de sus parientes o conocidos) parece eviente que se lo hace más para la dominación y el favorecimiento personal, que para el bienestar de la gente. Pero a mí lo que más me revela de estos sistemas, claro, es la idea del “hombre como ser colectivo” (una concepción de origen claramente marxista) y la desaparición, con ello, de dos de las características más preciadas del ser humano: la individualidad y la singularidad. En efecto, tal como afirmó Constant: “Seres de carne y hueso son sacrificados a una abstracción; personas individuales son ofrecidas en un holocausto al pueblo como colectividad” (CONSTANT, Benjamin, “De l’esprit de conquête et de l’usurpation dans leur rapports avec la civilisation européenne”, parte I, Cap. 13 “De l’uniformité”, 169, en “Ecris politiques”, ed. Marcel Gauchet, París, 1997. Tomo la cita de BERLIN, Isaiah, *Sobre la Libertad*, Ed. de Henry Hardy, Alianza Editorial, Madrid, 2017, 41.

<sup>205</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 230.

*Ramón, el conductor, se lo niega porque “tiene que ir al cine”.*

*... porque “va camino al entierro de su madre”.*

*.... “porque tiene una cita con quien, todo parece indicar, es la mujer de su vida”. Y la cita es en 5 minutos y no tan cerca de allí..., por lo que le exige al padre “que se aparte inmediatamente de su camino”.*

***Variantes:*** *el auto de Ramón es el único auto por allí/hay 5 autos y 5 conductores a los que preguntar/ No pasan taxis/ hay muchos taxis/ La asistencia de la ambulancia es muy eficiente y llegará muy pronto/es deficiente y no dará tiempo a nada razonablemente útil.*

Es, sin lugar a dudas, muy sencillo “calcular” costos y beneficios relativos y dar respuesta a estos casos desde la teoría del interés preponderante o del mal menor. El mendigo se queda sin su paraguas, y Ramón sin el auto en cualquiera de las variantes. Al individuo en concreto se lo soslaya, desconsidera y afecta en aras de un beneficio para otro o para otros.

Pero, como subraya Pawlik, esta noción resulta incompatible con una concepción teórica del delito que sostiene que la función del Derecho penal es el mantenimiento de un Estado de libertades.<sup>206</sup> Y, desde el punto de vista dogmático penal, se asienta sobre un concepto de bien jurídico *unidimensional*, redimido de toda reflexión sobre la noción de competencia (responsabilidad) y con un potencial expansivo incontrolable.<sup>207</sup> Asimismo, es toda una invitación al utilitarismo más cerril con el problema agregado de que en tanto se aprehenden los conflictos penales como conflictos entre bienes jurídicos, y no entre personas, resulta inexcusable empezar comparando estos bienes jurídicos entre sí. Y ello deja a la libertad del sujeto postergada al papel de un mero correctivo secundario (la crítica de Rawls según la cual los procedimientos de fundamentación colectivista no toman en serio la diversidad de los hombres, queda así ratificada).<sup>208</sup>

Coca Vila, muy en sintonía con Pawlik, también critica el aspecto más cuestionable de la teoría del interés preponderante: el desprecio por los intereses de un sujeto individual y concreto. Lo hace en estos términos:

“bien mirado, la teoría del mal menor, pese a su aparente neutralidad ética, es una teoría de legitimación de formas de comportamiento consecuencialista y colectivista. Es *consecuencialista* porque la solución al conflicto queda determinada por el resultado que se espera obtener; y es *colectivista* en la medida en que se trata a la sociedad en su conjunto y, más concretamente, a los sujetos involucrados en la situación de necesidad, como si de un

<sup>206</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 231.

<sup>207</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 232.

<sup>208</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 232.

único sujeto se tratara, aglomerando o agregando en un único cuerpo supraindividual (*sujeto holístico*) los distintos intereses, hasta entonces, particulares”.<sup>209</sup>

Y agrega Coca Vila:

“... (éste) ha sido siempre un problema metodológico difícil de superar. Especialmente complejo cuando, además, se pretenden introducir en el juicio de ponderación factores estrictamente normativos, como pueden ser la provocación del conflicto o, incluso, la dignidad del ser humano”.<sup>210</sup>

Pero, además, si la (sola) ponderación de intereses o de bienes no resulta para nada sencilla, ¿ni qué decir lo difícil que resulta la ponderación de *"males"* que es lo que estamos llamados a comparar...! Es que, como ya dijimos, y a diferencia de otros sistemas jurídicos, para nosotros no se trata (sólo) de comparar bienes, o intereses jurídicos, ni de verificar su ubicación sistemática en el sistema para *advertir* su peso. Se trata de *comparar males*: esto es de sumar a ese juicio de ponderación circunstancias realmente muy diversas y tan difíciles *de medir* o *de pesar*, como el origen, la proximidad y la intensidad del peligro. También será necesario considerar la vinculación del sujeto con el peligro (ora como *responsable* o como *competente* o como *inocente*), *la decisión* que toma el afectado por él *frente* a él, es decir *cómo lo gestiona* (*la dirección* que le da a su salida). Y, sobre todo, en los que a mí más me interesa, *la intensidad de la afectación de la esfera de libertad* de un inocente (de su autonomía), *de su dignidad* y *la perturbación del orden social*.

Alicia no sólo arranca el paraguas de las manos del indigente. No sólo *le roba* y deja expuesto al sujeto a la lluvia de la que, aún en su miseria, se había precavido y había querido y elegido precaverse. Lo desprecia como persona, lo desconoce como tal. Además, allí donde había una situación de paz con lluvia como música de fondo (es decir un fenómeno en nada extraordinario o inusual) Alicia sembró discordia, conflicto y dolor. Cierto es que toda

---

<sup>209</sup> COCA VILA, Ivó, “Coches auto-pilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, (122), 2017, 235- 275, aquí, 246. Él mismo en *La colisión de deberes...*, 237. En la “Rebelión de las masas” José Ortega y Gasset se refiere a hombres y mujeres que se igualan y funden en un ser colectivo y abdican de su individualidad soberana para ser nada más que una “parte de la tribu”. Son individuos que se han desindividualizado, dejando de ser unidades humanas libres y pensantes, disueltas en una amalgama que piensa y actúa por ellos, más por reflejos condicionados, pasiones, instintos, que por razones. Ver VARGAS LLOSA, Mario, *La llamada de la tribu*, Alfaguara, Buenos Aires, 2018, 78.

<sup>210</sup> COCA VILA, “Coches...”, 248. Especialmente crítico con la teoría del interés preponderante como fundamento, hemos dicho, se muestra Wilenmann en su tesis, a la que dedica un capítulo (35-57). “Ella llevaría a una reconstrucción completamente consecuencialista de las causas de justificación...”. “... en caso de conflicto, la sociedad debería favorecer aquella posición que materialmente le parezca más interesante en la persecución de un estado de cosas en que la extensión de los bienes en general disponibles sea lo más grande posible” (38). “El sistema declarararía, simplemente, la preferencia general por el interés preponderante. El estado de necesidad agresivo sería la causa de justificación general, omnicompreensiva” (41).

conducta típica afecta la autonomía y la dignidad del otro (de algún modo niega al otro como tal), lo que tenemos que decidir es si la justificamos o no. Todo ello debe ser ponderado, a mi juicio, a la hora de *pesar* los males.

El papá de Rigoberto no puede arrancarle el auto a Ramón en cualquier caso. Si la respuesta de Ramón resulta la primera: “no, porque no me da la gana”, ella aparece como una *no respuesta*, porque la arbitrariedad nunca es una verdadera respuesta. Y además no se trata, o no se trata sólo, de “seres insolidarios” sino de algo más importante y grave: su contestación constituye *una negación*, ahora de parte del requerido (Ramón), *de la dignidad del otro* (del papá de Rigoberto y también de la de Rigoberto) *y del respeto que se le debe a ese otro en tanto que es persona*.

Pero no sucede lo mismo con las demás. En ellas Ramón ya no se vale de irracionalidades o de caprichos para responder, sino que expresa *sus propias razones*. Razones que podrán parecernos más o menos convincentes, pero que, en todo caso, “son las tuyas”. Parecería que “ir al cine” no resulta una respuesta suficiente para una persona que le pide el auto para llevar a su hijo herido al Hospital. Pero es que Ramón puede ser un cinéfilo muy entusiasta; o el director de la película que se estrena; o tener el interés que fuere para ir a ver esa película, y que forma parte de su plan de vida, que debemos respetar. Pero, concedo, cierto es que esta respuesta aparece en el límite de lo tolerable. Las demás respuestas de Ramón, según creo, no pueden despertar reproche alguno. Sólo hay una madre (y un entierro); y la “cita con esa mujer que parece ser la mujer de su vida” tampoco parece admitir dilaciones en el plan de vida que Ramón eligió y que tiene el derecho de explorar. Sostengo que, en esos casos, el papá de Rigoberto, deberá optar por cualquiera de las alternativas que se plantean: otros autos y conductores, taxi, ambulancia etc. Salvo que estén bien lejos, en la montaña por ejemplo, y nada de ello aparezca a la mano (que no es el caso porque aquello que lo atropella, es una bicicleta).<sup>211</sup>

Pero traigamos a la escena otro caso, que me gusta mucho y que, además, es de nuestra jurisprudencia.

### ***Caso 7. “Madre y concubino insensibles”:***

#### ***7.1. Variante de estado de necesidad defensivo:***

---

<sup>211</sup> Me dice Ticio que podría ser un ciclista de montaña... Sí, puede ser...

*“La madre desatiende a sus tres hijos, a los que no les presta el sustento ni la menor atención, que dedica, por entero, a su concubino. (Miguel), el hijo mayor, confiesa con lujo de detalles el robo que perpetró junto con su hermano de los dólares guardados por su madre y su concubino para afrontar la manutención suya y de sus hermanos”.*

**7.2. Variante de estado de necesidad agresivo:**

*La madre desatiende a sus tres hijos, a los que no les presta el sustento ni la menor atención, que dedica, por entero, a su concubino. Miguel, el hijo mayor, decide robar dinero de la farmacia de la esquina para su alimento y el de sus hermanos.*

En 7.1. (estado de necesidad defensivo) tenemos a dos responsables preferentes por el peligro, que deriva de su esfera, pero sin dolo o, por lo menos sin un dolo que podamos afirmar claramente. Y es interesante advertir que el hermano mayor ha elegido reaccionar contra la misma fuente de peligro en lugar de optar por otra salida como la de involucrar lesivamente a terceros inocentes en la situación de conflicto familiar. Y *esa decisión del necesitado* debe ser ponderada muy positivamente en el juicio respectivo como, de hecho, se la ponderó.<sup>212</sup>

En 7.2. (estado de necesidad agresivo) tenemos a una responsable preferente por el peligro (la madre) y a un hijo que ha elegido, para salir de la emergencia que se cierne sobre él y sus hermanos, afectar típicamente a una persona *con status de inocente*. Esa decisión de afectar a terceros inocentes, existiendo a la mano un responsable por el peligro, no ayudará a Miguel en el juicio de ponderación.

Es que, si el conflicto de intereses se plantea entre “A” (generador del peligro o responsable de algún modo por él) y “B” (aquel sujeto que sufre la amenaza), no parece en absoluto evidente que involucrar a un tercero “C” en la escena (al inocente, que nada tiene que ver con el conflicto), sea *per se* una solución que resulte respetuosa de su propia esfera de libertad. Y tampoco resulta evidente que resulte una solución socialmente útil o beneficiosa, ni aquella que asegura mejor el orden o el *statu quo* existente antes de la aparición del conflicto. Habrá que determinar también, por ejemplo, si esa injerencia en la esfera de libertad del tercero inocente no expone más al necesitado (que es el caso), o no afecta de modo sustantivo el propio plan de vida del inocente, o hasta su dignidad como persona. Por eso es que se ha dicho que “el principio del interés preponderante sólo es capaz de ofrecer directrices

---

<sup>212</sup> Dijeron los jueces, en decisión que inspiró varias de las ideas que defiendo en este trabajo: “*En esta situación del procesado, debo admitir que en el apremio económico que confesó y que encuentra sustento en los elementos de juicio.... optó por el mal menor porque perjudicó el patrimonio de su madre y del concubino y no el de un tercero*”. (CCC, sala 7, 26/4/90 “M.R.”, en J.A. Rev. 5694 del 17/10/90; destacados míos).

y pautas comparativas indeterminadas, pero no soluciones concretas a problemas concretos”.<sup>213</sup> Y, aún más contundente, si se puede, que “*no constituye un fundamento de resolución de conflictos aceptable en el marco de un Ordenamiento jurídico (penal) liberal*”.<sup>214</sup> No puedo decirlo mejor, ni más claro.

Veamos cómo ha reflejado la doctrina esta evolución en tres autores que estimo decisivos, y suficientes, para mostrarla.

### **3.2. El conflicto es “entre personas”. Tres autores y la idea de la competencia por el peligro.**

#### **3.2.1. Günther Jakobs.**

Este autor, en conexión con las teorías pluralistas de la fundamentación de las situaciones de necesidad (que defiende), propone una clasificación de las causas de justificación atendiendo ora al comportamiento previo del sujeto sobre el que recae la acción de salvamento (a quien llama “*la víctima de la intervención*”) o bien (cuando ese comportamiento es *neutro*, o no nos dice nada) directamente a la *solidaridad social*. A partir de una fundamentación de la pena, del Derecho penal y de su dogmática, absolutamente distinta a la tradicional (en la que destaca, precisamente, el total abandono de la idea de bien jurídico como objeto de protección) *se advierte claramente su interés por las dos partes en conflicto y por la imputación de responsabilidad o de competencia a partir del propio comportamiento del agente*. Distingue Jakobs, así, tres grupos:

a) *el primero, es consecuencia de un comportamiento de organización en la víctima de la intervención*. Su fundamento es el *principio de responsabilidad o el principio de ocasionamiento*. La víctima de la intervención debe responder por las consecuencias de su

---

<sup>213</sup> COCA VILA, “Coches...”, 248.

<sup>214</sup> COCA VILA, “Coches...”, 248. Asimismo, Wilenmann que dice que la fórmula del interés preponderante “se encuentra entre el *Escila* de la falta de contenido y el *Caribdis* del utilitarismo”... “se trata de una idea sin contenido alguno” (op. cit., 46). “... la pretensión ética utilitarista no es mas que una consideración hedonista y colectivista... el desarrollo posible de un suceso (sin intervención salvadora en necesidad) es comparado con el otro desarrollo posible (con intervención) y, dependiendo de la conveniencia social de la configuración de una u otra situación, la intervención se encontraría justificada o debería ser considerada antijurídica” ... “ello lleva a consecuencias absurdas: el bienestar de individuos determinados podría ser afectado sin responsabilidad u otra justificación más que ello favorece a una cantidad mayor de individuos”. (op. cit., 48). Que ello no es así, lo demuestra la fundamentación de otra de las causas de justificación que tienen en la base a una situación de necesidad. En ella, dice Wilenmann con razón: “la completa abstracción de los intereses en conflicto es incompatible con un criterio de simple determinación del saldo de bienes o intereses en conflicto”. (WILENMANN, *La justificación...*, 49).

comportamiento de organización. Son ejemplos de este grupo, la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo, el derecho de resistencia contra agresores, la detención provisional por particulares, el auto- auxilio y numerosos supuestos de ejercicio de un cargo.

b) *El segundo grupo sigue el principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención.* Es la víctima de la intervención quien define, en libertad, como beneficiosa o como aceptable a esa intervención. Ejemplos de ella son el consentimiento justificante (expreso y presunto) y la autorización oficial justificante. También, agrego yo, la decisión del necesitado de no encarar una salida al mal que lo amenaza, es decir, la de soportarlo o asumirlo (aquí, claro, no hay que justificar nada).

c) *Finalmente, el fundamento de la justificación en el tercer grupo es el principio de solidaridad.* Aquí se agrupan los supuestos en los que se recurre a la víctima de la intervención en interés de otras personas, sobre todo, de la generalidad. Su paradigma es el estado de necesidad agresivo y otros ejemplos pueden ser casos de ejercicio de cargo (en los que en caso de sospecha, se otorga el derecho de intervenir).<sup>215</sup>

Así, dice Jakobs, a la hora de ponderar los intereses en conflicto<sup>216</sup>, un criterio a considerar es *la responsabilidad por la situación peligrosa* (para el bien y para la esfera del sujeto en peligro). Si esa responsabilidad reside en la víctima de la intervención estaremos ante supuestos de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo. Si la responsabilidad no reside en el titular del bien puesto en peligro ni en la víctima de la intervención, el responsable está obligado a sacrificarse primero. Si la responsabilidad reside en el titular del bien en peligro, ello reduce el valor del bien en la medida de la responsabilidad: la puesta en peligro dolosa de un bien disponible excluye completamente la solidaridad. En otros casos hay que tener en cuenta una evaluación objetivada reducida del bien puesto en peligro.<sup>217</sup> Si bien, la doctrina general sostiene que “la culpa por la situación no influiría en el estado de necesidad”, afirma Jakobs, “*del sistema de las causas de justificación se deduce que cuanto más imputable sea la situación de conflicto, tanta menos solidaridad se puede reclamar*”.<sup>218</sup> Si el titular del bien ha provocado dicho peligro, sólo puede conservar un derecho reducido al ejercicio del estado de necesidad (tienen que darse todos los requisitos de la imputación

---

<sup>215</sup> JAKOBS, DDPG, 11/2 y 3.

<sup>216</sup> Sí, efectivamente, Jakobs llama a ponderar los intereses en conflicto. Incorpora un criterio, el de la responsabilidad por el peligro.

<sup>217</sup> JAKOBS, DPPG, 11/27: “Si tras un accidente provocado por culpa grave, existe el mismo peligro para varias personas, en casos de posibilidad de auxilio limitada, la vida del que provocó el accidente cede ante la del afectado a quien no se le puede imputar el accidente”.

<sup>218</sup> JAKOBS, DPPG, 11/27.



objetiva).<sup>219</sup> Jakobs reclama que el balance para la justificación en estado de necesidad agresivo sea *notablemente* positivo.<sup>220</sup> Y ello porque *siempre aparece afectado el interés general en que no se produzcan perturbaciones del orden* en el bien que se interviene.<sup>221</sup> La solidaridad no se exige en cuanto merece la pena *por el criterio del saldo (per saldo)*, sino sólo cuando lo indica drásticamente, la necesidad (al igual que el § 323c StGB no impone un deber de socorro siempre que éste sea útil, sino sólo cuando existe un supuesto de calamidad).<sup>222</sup> Entonces, *responsabilidad por la situación de peligro* (que incide directamente sobre la solidaridad que puede ser exigida o impuesta) y *protección del interés general como dos factores fundamentales a tener en cuenta en el juicio de ponderación*. Realmente inspirador.

### 3.2.2. Jesús- María Silva Sánchez:

Jesús Silva presentó una clasificación de atribución de *títulos de competencia por el riesgo* hace ya mucho, en su tesis doctoral sobre la omisión (1986)<sup>223</sup>, la mantuvo en sus trabajos posteriores y su escuela la adoptó y desarrolló. Esta clasificación exhibe su rendimiento también a la hora de fundamentar las causas de justificación en particular, como ha mostrado Baldó y yo intento aquí (introduciendo dos circunstancias más que resultan, a mi juicio decisivas: a) la decisión del necesitado de plantear o no el conflicto y; b) la gestión de ese peligro –es decir qué dirección imprime a su acción de salvaguarda o salvamento). Así, explica, *existen tres títulos de atribución de competencia con respecto a un riesgo: la competencia plena, la competencia preferente y la competencia mínima*.

Afirma mi maestro que *tiene (ostenta) una competencia plena por el peligro* quien ha realizado un acto de organización *fuerte* con respecto a ese riesgo (un acto expresivo de la máxima libertad de auto-vinculación). Entran en estos supuestos, en lo que aquí interesa, la acción del agresor en estructura de legítima defensa (que cuestiona de manera plena o “máxima” la esfera de libertad ajena) y su consecuente deber máximo de tolerar la acción defensiva (la afirmación, como su contracara, es decir del otro lado, de un derecho de

---

<sup>219</sup> JAKOBS, DPPG, 11/27.

<sup>220</sup> JAKOBS, DPPG, 11/33. Destacado en el original.

<sup>221</sup> JAKOBS, DPPG, 11/31.

<sup>222</sup> JAKOBS, DPPG, 11/33. Destaca la opinión divergente de Roxin “puede tratarse la fundamentación en la exigencia de solidaridad ya como aspecto de la ponderación de intereses, en ese caso, el carácter esencial sólo tiene una función aclaratoria”.

<sup>223</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, 339-371. En la 2da. edición, IBdF, Buenos Aires, 2003, 425-466.

salvaguada amplio). En términos de la situación de necesidad que da lugar a la legítima defensa, el límite es (sólo) la racionalidad (el agredido puede hasta matar al agresor si éste amenaza su propia vida).

Por otro lado, tiene *competencia preferente* (o media) quien, en relación con ese peligro, exhibe un vínculo organizativo *débil* (yo creo que, no tanto, y más bien “medio”) o *un vínculo institucional* (en virtud de un acto de libertad de menor entidad). Entran en este grupo, los peligros derivados de personas que actúan de manera imprudente y cuestionan también, con ello, la esfera de libertad ajena. Por ello tienen un deber de tolerancia medio (menor al de quien cuestiona de forma plena o máxima la libertad ajena) y, el necesitado, una capacidad de respuesta (derecho de salvaguada) proporcionado. Entran en este grupo, en lo que aquí interesa, los supuestos de estado de necesidad defensivo.

Finalmente, *tiene competencia mínima* quien sólo se halla vinculado con ese riesgo por *deberes positivos generales* (derivados de la libertad mínima: de la participación en la vida social), como el deber de socorro. También, en lo que aquí importa, tanto el necesitado que apela a la facultad de salvaguada en situación de necesidad agresiva cuanto el tercero inocente o extraño que sufre la injerencia salvadora de parte del sujeto necesitado. El necesitado tendrá una facultad de salvaguada mínima (el daño que podrá provocar en el tercero inocente deberá ser esencialmente menor al que intenta precaver) y el tercero inocente un deber de sacrificio también mínimo fundado en consideraciones de solidaridad.

Así, la ostentación de uno u otro título de atribución de competencia da lugar a efectos diversos: por un lado, se refleja en la mayor o menor pena por la infracción de los respectivos deberes; por otro lado, en la atribución de deberes de acción más o menos cualificados; además, se manifiesta muy útil para la habilitación de injerencias o reacciones hacia terceros, más o menos intensas.<sup>224</sup>

### 3.2.3. Francesc Baldó Lavilla:

En su tesis doctoral publicada en 1994<sup>225</sup>, Francesc Baldó, a la hora de elaborar su sistema para la resolución de conflictos de intereses relacionados con situaciones de

---

<sup>224</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “La legítima defensa que recae sobre tercero”, *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, AA.VV, Universidad Autónoma de Madrid, Vol. I, 785-798; aquí, 788. Y ya en su tesis doctoral, *El delito de omisión, concepto y sistema*, 1986, 339-371.

<sup>225</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 43 a 63. Tuve la suerte de conocer a Francesc, y de compartir con él largas charlas en mis estancias por Barcelona. Conversábamos de todo un poco y, también, sobre este tema común de

necesidad, parte de dos ideas rectoras (o valores superiores) presentes en la Constitución de España: *la libertad* (autonomía individual) y *la solidaridad*. El primero, la autonomía individual, sostiene, es la idea rectora que constituye el punto de partida en todo sistema jurídico penal respetuoso con el individuo y presupone la existencia de esferas organizativas autónomas (separadas) en las que cada uno ejerce su libertad organizativa, su autodeterminación. Pero de ese derecho (*libertad por organización*), surge también un deber (*responsabilidad por organización*) que tiene a su vez un aspecto positivo: respeto por toda autonomía ajena igualmente legítima<sup>226</sup> y un *aspecto negativo*: responsabilidad por la falta de este respeto (*alterum non laedere*). De la idea rectora principal de autonomía individual pueden extraerse, explica, por lo menos, tres principios operativos de segundo nivel que concretan su contenido material:

a) *el principio de autodefinición de intereses propios*: la organización, definición y disposición de los intereses adscritos o pertenecientes a la propia esfera individual es competencia de su titular. Y es él quien, por ejemplo, en ejercicio de esa competencia, *puede consentir* una situación de peligro que lo afecta (porque la considera más ventajosa) o puede ejercer o no la facultad (que no derecho) de salvaguarda propia que se otorga al amenazado por el peligro,<sup>227</sup>

b) *el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador originador de riesgos para terceros*: la libertad de organización genera, a la vez, *responsabilidad por organización*. Así todo comportamiento del sujeto que, en ejercicio de su libertad, genere peligro para intereses ajenos o que no asegure peligros que derivan de su propia esfera y amenazan a terceros, genera responsabilidad. Este principio es del que extrae Baldó más provecho: constituye el fundamento material de la justificación en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo, entre otros casos, proyecta su eficacia sobre el sistema de mandatos y prohibiciones y fundamenta el sistema de tripartición de las tres clases

---

tesis. El suyo es, en mi opinión, y en la de muchísimos otros, lo mejor que se ha escrito en nuestro idioma sobre las situaciones de necesidad. Lamentablemente, Francesc murió muy joven. En marzo de 2018, se lo recordó y homenajeó en la Universidad de Barcelona, con un seminario, más bien una muy cálida reunión destinada a revisar su obra, y a la que quise y pude asistir a un año de su tristísima desaparición física. Mi eterno recuerdo y más sentido homenaje para el querido Francesc. Ojalá este pobre trabajo encuentre algún mérito, aunque sea sólo por la justicia de recordar su inmejorable aporte, la gracia de su amistad y el privilegio de citarlo.

<sup>226</sup> BALDÓ, op. cit., 47-48: “Mas, como es bien sabido, *autonomía individual* no sólo significa *autodeterminación* del individuo en su propio ámbito. No sólo significa *libertad de organización*, sino, también, *responsabilidad por organización*. Entiéndase ello en el sentido de *respeto por toda autonomía ajena igualmente legítima – aspecto positivo-* o en el sentido de *responsabilidad por la falta de ese respeto –aspecto negativo-*.”

<sup>227</sup> Aquí se defenderá la tesis de que la facultad de salvaguarda *es un derecho*, pero de distinto contenido e intensidad, dependiendo de la responsabilidad o de la competencia por el peligro.

de situaciones de necesidad posibles. Ellas son la *legítima defensa* (en donde quien origina el peligro es *plenamente competente* por él – peligro objetiva y subjetivamente imputable a su esfera a título de dolo), el *estado de necesidad defensivo* (en el que quien origina el peligro es *preferentemente competente* por él – peligro a lo menos objetivamente imputable a su propia esfera) y el *estado de necesidad agresivo*: en el que el peligro que amenaza al necesitado no es ni siquiera objetivamente imputable a esfera organizativa individual alguna –*incompetencia por el peligro*- por lo que el deber de tolerancia de la facultad de salvaguarda en estado de necesidad agresivo no puede estar fundado en el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador. Finalmente, el último de los principios derivados de la idea rectora de la autonomía individual es,

*c) el principio de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas (a terceros)*. Y aquí aparece el principio del *casum sentit dominus*, que tendrá importancia central en este trabajo, como derivación, subrayo, de la idea rectora de la libertad y con la función de cierre de los dos anteriores. En efecto, si tras la amplia libertad de organización del propio plan, no se verifica responsabilidad por la organización que origine riesgos para un tercero, “*parece que debe prevalecer la libertad organizativa de los demás miembros del sistema social, por encima de la necesidad de salvaguarda en la que se encuentra la esfera individual amenazada por el peligro*”.<sup>228</sup> Así, cuando no existe un tercero a cuyo comportamiento organizativo podamos imputar, a lo menos objetivamente, el peligro que crea la situación de necesidad, regirá el principio de la asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas”, es decir el principio “inequívocamente inmanente en nuestro ordenamiento jurídico... del que resulta difícil prescindir: el *casum sentit dominus*. Es decir que prevalece, en principio, el *aspecto positivo* de la idea rectora de la libertad (el respeto a la esfera de libertad ajena) aún por encima de la necesidad de salvaguarda del sujeto en peligro y, por tanto, debo asumir aquello que me toca, y resolverlo, sin que exista una pretensión inicial de “cargárselo a otro”, salvo que existan *buenas razones* para hacerlo.

Esas *buenas razones* para descargar en otro la responsabilidad “de aquello que a mí me toca”, son en Baldó, básicamente dos: *i) el principio de responsabilidad por el propio acto organizador de la propia esfera de libertad que genera riesgos o daños en la esfera de libertad ajena en infracción al deber general de no dañar a otro* (aspecto negativo de la idea

---

<sup>228</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 61 y 62.

de libertad, *alterum non laedere*)<sup>229</sup> es decir, reaccionar contra la fuente de peligro, y; para el caso de que no exista un responsable por el peligro, *ii) la idea rectora de la solidaridad intersubjetiva entre esferas organizativas autónomas y el deber general de amparo activo del sujeto necesitado (omisión de socorro o de auxilio del 195 CPE y 108 del CPA)*. Es decir, accionar contra un inocente.<sup>230</sup>

La **solidaridad** tiene entonces claramente en Baldó (en postura que, con los matices que veremos, comparto), un sentido excepcional y subsidiario. Aparece *después* de la idea de la responsabilidad y sirve para modular la aplicación de los principios derivados de la idea rectora de la libertad.<sup>231</sup> En rigor en el sistema de Baldó, el *status* material de los sujetos intervinientes en las tres situaciones de necesidad justificantes *queda primariamente determinado* por la aplicación de los principios derivados de la idea rectora de la autonomía individual, y, *sólo secundariamente determinado* por la aplicación, sobre los mismos, de la idea rectora de la solidaridad social intersubjetiva”.<sup>232</sup>

Pero, a diferencia de mi propuesta, la solidaridad es un principio nuclear en Baldó. Y eso tiene mucho sentido en su sistema porque la Constitución Española declara un “*Estado social y democrático de derecho*”. Por lo que, nos dice, “todo criterio fundamentador de la resolución de eventual de conflictos sociales lesivos de bienes jurídico penales, que quiera ser constitucionalmente conforme, habrá de ser tributario de los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y *la solidaridad*... Y, de esos valores superiores son *la libertad y la solidaridad* los que, hasta donde alcanzo, poseen mayor virtualidad explicativa en orden a

---

<sup>229</sup> Coca Vila parece acentuar la importancia del aspecto negativo de la autonomía para fundamentar el *casus*. Así: “... Este principio no sería más que una manifestación específica del principio general del *neminem laedere*: la garantía de un Derecho basado en una separación estable y fiable de esferas de libertad no sólo se basa en la atribución de responsabilidad a cada uno de los titulares de una esfera por sus propios actos, sino también exigiría la asunción por cada agente de los casos fortuitos que se ciernen sobre ellos” (COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 391 y 392).

<sup>230</sup> En este trabajo limitaremos ese *derecho como facultad*, sometiéndolo a la concurrencia de varias condiciones que lo hacen operativo.

<sup>231</sup> Así lo dice expresamente COCA VILA, op. cit., 64.

<sup>232</sup> El principio rector de la autonomía individual debe ser el punto de partida ineludible para la ordenación de la vida social y, por ende, de la jurídica y de la jurídico penal (tanto de sus mandatos, cuanto de sus permisos y de sus prohibiciones). Dice Robles: “*la noción de autonomía parece ser la más robusta de las construcciones para hallarse en el principio de cualquier reflexión sobre el sentido de los mandatos y de las prohibiciones normativas. La imagen del ser humano como ser autónomo obliga a la persona a desarrollarse considerando a los demás. El núcleo esencial de las expectativas recíprocas individuales se construye sobre el presupuesto de la autonomía. Y es la autonomía –mejor dicho la compatibilización de todas las esferas autónomas- la que sostiene la ley general (en sentido kantiano)...*” (ROBLES PLANAS, Ricardo, “Introducción a la edición española” de la AAVV, *Dogmática de los límites al Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2013, 26).

legitimar y a dar coherencia global al conjunto de las causas de justificación que derivan de situaciones de necesidad”.<sup>233</sup>

Nuestra Constitución no declara un Estado social y democrático de Derecho. Es, en su origen, y aún hoy, una Constitución más liberal que la española. La libertad, la igualdad y la justicia sí que son principios nucleares en la Constitución. La solidaridad no.

Por ello, y aquí las diferencias en este punto con Baldó, en mi sistema la dignidad reemplaza a la solidaridad y no será más que un principio operativo de segundo nivel, que, como él dice, *modula* (limita) –desde esa posición- a la autonomía individual y pretende evitar los excesos. Ése precisamente será el lugar que yo le daré, no ya entonces a la solidaridad sino a la dignidad principio central de un sistema clásico de libertades.

Así, y sigo con Baldó, primero verificamos qué es lo que hizo el sujeto con su propio ámbito de libertad y si, por caso, *decidió no reaccionar* contra el peligro que lo amenaza. Recién luego, quién debe cargar, en principio, con la respuesta en virtud de su *grado de responsabilidad* o de competencia (Baldó subsume a las dos) por el peligro que del ejercicio de su libertad derivó (responsabilidad por el peligro) y con ello ya podemos identificar tanto al obligado al sacrificio cuanto al candidato preferente hacia quien dirigir la acción de salvaguarda: el plenamente competente por el peligro, en situación de legítima defensa; el preferentemente competente por el peligro en situación de estado de necesidad defensivo, todo ello con la intensidad y con los límites que cada justificante habilita que, por cierto, son distintos.<sup>234</sup> Podemos actuar en defensa de nuestra esfera de libertad (*facultad de salvaguarda*) y aquel que originó el peligro debe soportar las consecuencias (*deber de tolerar o de soportar*). Así, una vez determinada la competencia por el peligro, ésta se coloca en cabeza de su *responsable* y es él, en principio, el candidato indicado para *hacerse cargo* de (o de cargar con) las consecuencias penales y civiles de su acción. Impecable.

El problema aparece con aquellos casos en los que el peligro no resulta imputable objetivamente a la esfera de un sujeto pero que parte o emana de su ámbito (v.gr. peligros

---

<sup>233</sup> Dice Baldó: “En las ideas de autonomía individual (estado liberal) y de solidaridad social intersubjetiva (estado social) encontramos ideas rectoras de primer nivel sobre las que construir una ordenación sistemática. De ellas se derivarán principios operativos de segundo nivel que permitan fundamentar –debidamente articulados- la resolución de los conflictos de intereses conforme a la Constitución” (BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 44 y 45 y nota 32).

<sup>234</sup> Y dependen, también, fundamentalmente, del grado de competencia o de *incumbencia* por el peligro que se generó en la esfera de libertad ajena. Nosotros hemos preferido denominarlos, según ese grado de incumbencia por el peligro: *responsable pleno*, *responsable preferente*, *competente* e *incompetente*. Ver *infra* Tercera Parte, Capítulo V.

físico-naturalmente causados). Y también, con la situación de necesidad que deriva en la estructura de *estado de necesidad agresivo*. Puede suceder, en efecto, que el peligro no sea imputable a la esfera de organización de ninguno (*que no sea responsabilidad de nadie*). Ello se aprecia en los casos de peligros que provienen de la naturaleza y que afectan inicialmente a una persona que no los provocó (que no es responsable y que no *parece* competente por ellos): eventos naturales, rayos, inundación etc.; enfermedad, dolor, angustia. Pero también, sucede en casos en los que, si bien el peligro *es competencia de alguno*, no se puede reconducir a su esfera de acción por diversas razones: v.gr. a) porque no lo conocemos; b) porque no está; c) porque su infracción no alcanza el umbral mínimo – no les es imputable al menos objetivamente- como para atribuirle *responsabilidad* por ese peligro.

Nosotros, con alguna diferencia respecto de la propuesta de Baldó, sostendremos aquí una alternativa que consideramos plausible y mejor. Es la siguiente: si no existe (o no tenemos) a un *responsable* por el peligro a quien cargarle la respuesta, aquel que sí resulta *competente* para hacerse cargo de la situación y para soportar el coste de aquello que *a él le tocó*, es el necesitado como *dominus del casus*. Así, o devuelve el mal a su propia esfera (reacciona contra la fuente de peligro) o debe aguantárselo (asumirlo).<sup>235</sup> Sólo muy

---

<sup>235</sup> Así son las cosas, por ejemplo, en el Derecho de la Navegación para el caso de situaciones de “abordaje”, esto es de colisiones entre buques. La cuestión se previó y resolvió ya en la Convención de Bruselas de 1921 de la que Argentina participó e integró como ley nacional 11.132. Establece la regla del *casus* para el abordaje fortuito, y la de responsabilidad por culpa del que causó la colisión y de la culpa compartida en caso de culpa concurrente. Dice esta Convención:

Artículo 2. - Si el abordaje fuera fortuito, si fuese debido a un caso de fuerza mayor o si existieran dudas con respecto a las causas del abordaje, los perjuicios serán soportados por los que los hubieran sufrido. Esta disposición permanece aplicable en el caso en que ya sea los buques, o uno de ellos, estén fondeados en el momento del accidente.

Artículo 3. - En caso de que el abordaje fuese causado por falta de uno de los buques, la reparación de los daños incumbe al que los hubiera cometido.

Artículo 4. - Si hubiera falta común, la responsabilidad de cada uno de los buques está en proporción con la gravedad de las faltas cometidas respectivamente; sin embargo, si, según las circunstancias, no pudiese ser establecida la proporción o si las faltas resultasen equivalentes, la responsabilidad es dividida por partes iguales.

Los perjuicios causados a los buques, o a sus cargamentos, o a los efectos u otros bienes de las tripulaciones, de los pasajeros u otras personas que se hallen a bordo, son soportados por los buques en falta, en dicha proporción, sin solidaridad con respecto a terceros.

Del otro lado, nuestro Código de la Navegación (ley 20.094) regula la cuestión en los siguientes términos:

Caso fortuito o fuerza mayor. Art. 358. - Cuando un abordaje entre dos (2) o más buques se origine por causa de fuerza mayor o caso fortuito, o cuando existan dudas sobre sus causas, los daños deberán ser soportados por quienes los hubieren sufrido.

Culpa. Art. 359. - Si el abordaje es causado por culpa de uno de los buques, el culpable debe indemnizar todos los daños producidos.

Culpa concurrente. Art. 360. - Cuando exista culpa concurrente en un abordaje, cada buque es responsable en proporción a la gravedad de su culpa. Si la proporcionalidad no puede establecerse, la responsabilidad será soportada por partes iguales.

excepcionalmente, y previa verificación de la concurrencia de varias condiciones, se le habilitará el escape mediante la afectación típica, en forma de acción agresiva (de ataque) de un tercero inocente.

Pero me he adelantado un poco. En el mismo sentido que el de Baldó pero acercándose más, si no lo malinterpreto, a la postura que aquí se sostiene, se pronuncia Ivó Coca:

“Adviértase que la dogmática de la justificación está pensada y desarrollada fundamentalmente como una dogmática explicativa de las condiciones bajo las cuales un agente puede trasladar el mal que sobre él se cierne *a un segundo agente involucrado en el conflicto*. Se trata entonces de decidir quién ha de soportar los costes del único mal. Si no voy errado, tres son los criterios de imputación... *el primer criterio es el de la autonomía*. Quien ha organizado la situación de necesidad debe soportar los costes para su conjura. *En segundo lugar*, la solución de conflicto queda mediatizada por los recíprocos *deberes de solidaridad* entre el necesitado y el sujeto involucrado. Y, finalmente, el sistema se cierra con un último principio defectivo: *si no es posible desplazar el mal a un tercero por razones organizativas ni solidarias*, el que sufre el mal es elevado a competente por la desgracia. *Casum sentit dominus*, esto es, *el accidente lo debe soportar aquel sobre el que recae en un primer momento*”.<sup>236</sup>

De acuerdo estoy con que el primer criterio es el de la autonomía. Pero el segundo no debe ser el de la solidaridad, sino el del *casus*. Y si el necesitado no puede devolver el peligro a la fuente del responsable que lo generó, pues debe asumirlo. Es que el inocente no es “un segundo agente involucrado (originalmente) en el conflicto. Aparece en él recién cuando el necesitado lo introduce a la fuerza. Sólo en situaciones excepcionales, subsidiarias y de manera muy condicionada, podrá desplazar ese peligro a la esfera de un inocente “por razones de reconocimiento y de respeto al otro en tanto persona” (i.e. “solidaridad mínima”; ya veremos de qué hablamos y en qué términos lo habilitamos).

---

Sin embargo, respecto de las indemnizaciones por daños derivados de muerte o lesiones personales, los buques responden solidariamente, salvo el derecho regresivo del que pague una suma superior a la que le corresponde soportar, conforme a aquella proporcionalidad.

Abordaje imputable al práctico. Art. 361. - Las responsabilidades establecidas en esta sección subsisten cuando el abordaje es imputable al práctico, aunque su servicio sea obligatorio.

Culpa de un tercero. Art. 362. - Cuando un buque aborde a otro por culpa exclusiva de un tercero, éste es el único responsable. Si más de un buque es culpable, la responsabilidad se distribuirá de acuerdo con lo dispuesto en el art. 360.

<sup>236</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 330.



Como se ve, no tengo diferencias profundas con mis dos admirados colegas. Pero sí, entiendo que resultan significativas. Creo que el orden que propongo, y que por cierto desarrollaré *infra*, asegura mejor los principios de la libertad.

### **3.3. Ivó Coca Vila: “una aproximación empírica incorrecta y normativamente inasumible”.**

Pero además, tal como desarrolla Coca Vila, *la tesis del mal menor es empíricamente incorrecta y normativamente inasumible*.

*Es empíricamente incorrecta*, afirma, porque desconoce que la mayoría de los órdenes jurídicos contemporáneos no se asientan sobre un *principio colectivista* como el del mal menor, tampoco en situaciones de necesidad. Al Derecho, con carácter general “no le interesa o preocupa la maximización agregada de los intereses, sino, más bien, que cada sujeto vea los suyos respetados”<sup>237</sup>. Sólo así, dice, se explica por qué el Derecho reconoce la posibilidad a su titular de destruir un interés valioso, por ejemplo un costoso vehículo, sólo por capricho.<sup>238</sup>

Tampoco el utilitarismo puede explicar instituciones básicas del Derecho penal como la legítima defensa, o la diferencia penológica que existe entre los delitos dolosos y los culposos.

Finalmente, los jueces, a la hora de aplicar el Derecho y de resolver los casos, no tratan (o no deberían tratar) de maximizar los intereses jurídicos en conflicto<sup>239</sup>, sino de dar a cada uno lo suyo en su justa medida.

Y también, sostiene Coca Vila, resulta *normativamente inasumible* porque las tesis colectivistas imaginan a los sujetos implicados en una situación de conflicto como meros usufructuarios de unos bienes jurídicos que pertenecerían a un *sujeto holístico* (irreal... a la

---

<sup>237</sup> COCA VILA, “Coches...”, 248.

<sup>238</sup> COCA VILA, “Coches...”, 248, con cita de MERKEL, Reinhart, “La Filosofía, ¿convidado de piedra en el debate del Derecho Penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos (y algunos equívocos generalizados a propósito de la cláusula de ponderación de intereses en el estado de necesidad: primer inciso del art. 34 del St.GB)”, en AAVV, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, ed. española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Comares, Granada, 2000, 181 a 212.

<sup>239</sup> COCA VILA, “Coches...”, 249. Del mismo modo, Wilenmann: “el Derecho (penal) moderno no constituye un aparato coactivo de maximización directa del bienestar general, sino... de protección de esferas normales de autonomía atribuidas por el propio derecho positivo...”, y “... los jueces no se preguntan al resolver un caso por la solución que les permitiría maximizar el interés general, sino que deben determinar, simplemente, quienes tienen una posición jurídica reconocida y protegida por el Derecho en el caso concreto” (WILENMANN, *La justificación...*, 49).

generalidad, a la sociedad) que aspira a su mejor salvaguarda<sup>240</sup>. Y no es así como son las cosas ni como una persona racional actúa.

---

<sup>240</sup> COCA VILA, “Coches...”, 249.

## Capítulo II. Deriva hacia la autonomía y “limitaciones por solidaridad”.

Esta *deriva liberal*, explica Pawlik, se remonta a los años 60 del siglo pasado. “Desde entonces la idea de la autonomía individual ha adquirido mucha fuerza en la argumentación jurídica en general, influyendo en la penal en particular”<sup>241</sup>. Ya no se trata de *satisfacer a la colectividad* sino de *garantizar y asegurar espacios de libertad individual* que permitan, a la vez, la vida social en la que esos espacios se interrelacionan, se despliegan y se desarrollan.<sup>242</sup>

Y son dos las ideas que desplazan como fundamento, a la ponderación de intereses o de bienes en conflicto: *la noción de responsabilidad* (que nace de la autonomía individual: somos *tan libres* por lo que hacemos *como responsables* por aquello que hacemos), y *la idea de la solidaridad* (fundamentalmente como “correctivo” – Pawlik- o como “modulador” – Baldó) de los excesos a los que una autonomía sin límites puede conducir.

---

<sup>241</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 231, “aunque con la usual demora temporal... la legitimidad del principio de estado de necesidad agresivo justificante tampoco fue cuestionada de manera seria... pero se subraya con mayor énfasis la relevancia de la libertad del sujeto al que se dirige la injerencia a la hora de ponderar los intereses en juego” (cita, como ejemplo, a Roxin). Jescheck, por su parte, además de la ponderación de bienes (desaparición del injusto de resultado por la salvación del bien más valioso), exige que el daño amenazante deba ser *desproporcionadamente grave* frente al producido por la intervención y que la injerencia en el bien ajeno resulte adecuada a los superiores conceptos valorativos de la comunidad. “La justificación... depende, pues, de dos valoraciones; una de las cuales concierne a la diferencia de rango de los intereses, mientras que la otra se contrae al sentido ético-social de la acción relativa al estado de necesidad en el marco de la totalidad del ordenamiento jurídico (ponderación global) (JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Comares, Granada, 1993, 320, 321 y 326).

<sup>242</sup> Los cosas se han torcido, evidentemente, en algún momento y yo no puedo decir cuando. Pero Feuerbach sostenía en 1801 que “... la unión de la voluntad de los individuos proporciona el fundamento de la sociedad civil *para garantizar la libertad recíproca*” (§ 8)... “que toda forma de lesión jurídica contradice el *objetivo del Estado*, o sea que *en el Estado no tenga lugar ninguna lesión jurídica*. Por ende el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impiden las lesiones jurídicas” (§9), y que “*quien excede los límites de la libertad jurídica* comete una lesión jurídica o injuria. *El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen* (§21) v. FEURBACH, Anselm, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 14ª Ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires. 1989, 58, 59 y 64, destacados míos). Muy actual, desde una perspectiva distinta en cuanto al rol de los ciudadanos y del Estado que la que aquí se defiende, véase SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 75-82. Sostiene mi maestro que el cometido principal del Estado como garante (por injerencia) de libertad –de protección negativa-, es ejercer la coacción legítima que deriva de su soberanía y de su monopolio de la violencia para evitar la lesión de los bienes de la víctima de parte del autor (perspectiva horizontal) y de la relación interpersonal existente con el Derecho (perspectiva vertical). De acuerdo. Pero luego dice que el Estado tiene una posición de garante de protección positiva, de mejora *subsidiaria*, para el caso de que las personas o los grupos de personas no puedan en función de su propia organización (y a través de sus vínculos solidarios y fraternos), alcanzar lo mínimo para la subsistencia o su desarrollo elemental... Eso, en mi humilde opinión, llevaría a una exacerbación de los deberes positivos interpersonales, que es lo que, precisamente, entiendo procede reducir (en favor del Estado). Si no, no entiendo realmente para qué está y cómo es que el 80% de los ingresos del Estado (básicamente a través de los impuestos que pagamos) se van en ayuda social (o es lo que se dice...). Sí, estaría de su lado, claro, si la ecuación se invirtiera radicalmente, pero no creo posible y tampoco deseable que cada uno de los que aportamos cargue a su cuenta la obligación de mantener, ahora *directamente*, o a través de sus contribuciones a la Cruz Roja o a Caritas, a los dos o tres que le tocarían en mi país...

La primera, *la autonomía (responsabilidad)*, no puede recibir reparo alguno de parte de un liberal. *La solidaridad*, está recién ahora dejando de ser una simple *apelación* despojada de un contenido mínimamente inteligible y aceptable para convertirse en el objeto de análisis profundos que procuran dotarla de un fundamento teórico más o menos convincente.

Los examinaremos más adelante, pero lo que quiero subrayar aquí es que la autonomía y la solidaridad constituyen los elementos esenciales de una nueva orientación integral de la teoría del delito: el abandono del pensamiento abstracto del bien jurídico a favor de un modelo que se centra en una delimitación dinámica de ámbitos de responsabilidad personal orientada al mantenimiento de un estado de libertades.<sup>243</sup> Y que ello se manifiesta con singular intensidad en los últimos decenios.

Coca Vila, en postura que también comparto y celebro, afirma contundente: “*la misión del Derecho penal no es pues la de proteger y maximizar los intereses de un macrosujeto que no existe, sino la de garantizar la separación armónica, justa y estable de las esferas de libertad que cada ciudadano administra soberanamente*”.<sup>244</sup>

Y concluye: “no es el principio del mal menor entonces el que rige las situaciones de necesidad, sino una teoría de la justificación penal deontológicamente orientada”.<sup>245</sup> Esa será, junto con una axiología iluminada por los dos valores centrales para el liberalismo clásico (autonomía y dignidad), mi propuesta.

## **1. La tesis de la solidaridad**

Tenemos en el Derecho Penal actual, dos fundamentos de imputación de responsabilidad: la lesión del principio de autonomía individual (fundamentalmente del deber negativo, esto es, de no injerencia lesiva en la esfera ajena) y la infracción de los deberes que derivan del *principio de la solidaridad*.<sup>246</sup> Estos últimos, en la forma que aquí interesa, como

---

<sup>243</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 233. Del mismo modo, por ejemplo, FRISCH, “Derecho Penal y Solidaridad”, 4: “no todo deber contenido en el Derecho Penal se deriva de la idea de responsabilidad, algunos se derivan de la solidaridad.”

<sup>244</sup> COCA VILA, “Coches...”, 249.

<sup>245</sup> COCA VILA, “Coches...”, 251.

<sup>246</sup> “... es el principio de solidaridad, como forma excepcional de legitimación de deberes jurídico penales, el auténtico fundamento del estado de necesidad agresivo, y su carácter anómalo e irregular, la razón que explica la estrechez con la que, acertadamente, se configura hoy en día en la doctrina penal la causa de justificación de estado de necesidad agresivo” (COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 511).

*deberes generales* derivados de la solidaridad, se manifiestan con todo su esplendor, en dos institutos del Derecho Penal:

a) *en el deber de prestar ayuda* a quien lo necesita, es decir en el deber de auxilio o de socorro prevista tanto en Alemania (§ 323 del StGB), en España (art. 195 del CPE) y en Argentina (art. 108 del CPA). La infracción a este deber genera responsabilidad penal. Se trata de un deber general (que alcanza a todos) y respecto de él no existen fundamentos especiales de responsabilidad. De allí que se ha vuelto usual reconducir ese deber general a la idea de la solidaridad con el otro, con el prójimo, con el conciudadano.<sup>247</sup> Y;

b) *en el deber de tolerancia* del afectado por acciones que se realizan en estado de necesidad agresivo. En estos supuestos se interviene en la esfera de libertad, de intereses, de terceros inocentes a los que se les exige que *toleren* esa injerencia, es decir que soporten el daño (el mal) que se les causa. Que *se sacrifiquen*.

La idea de solidaridad en el Derecho penal sirve, entonces, se ha dicho, para explicar, fundamentar y delimitar preceptos que de otra manera *serían muy difíciles de explicar...* es que las acciones solidarias pueden afectar los derechos de otros y plantear preguntas acerca de los límites de su admisibilidad, fundamentalmente, si pueden ser exigidos jurídicamente y, en su caso, en qué medida pueden serlo.<sup>248</sup>

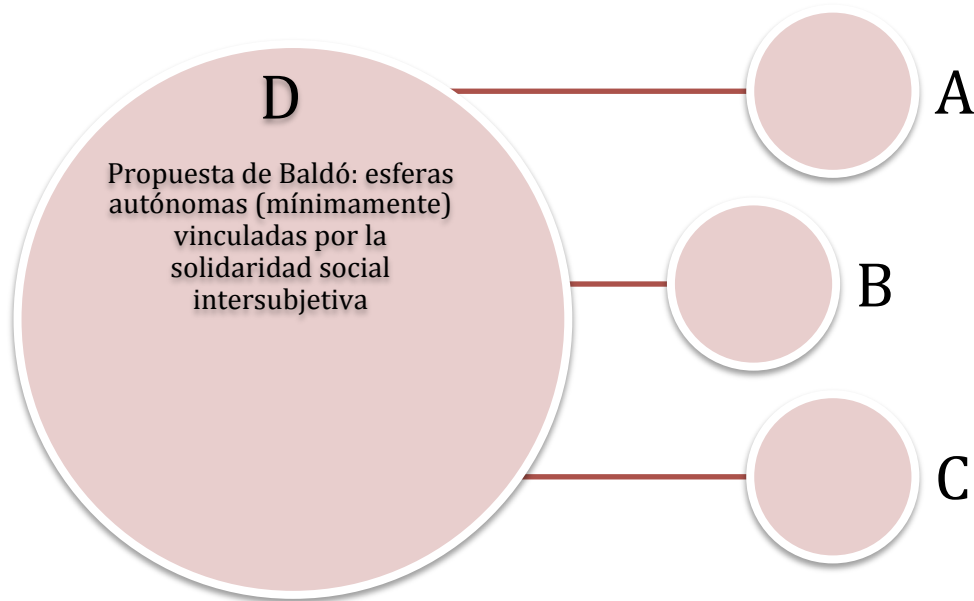
### **1.1. La solidaridad como lazo intersubjetivo (propuestas de Baldó, de Silva y la propia).**

En la propuesta de Baldó, las esferas autónomas, que discurren libremente en el marco social, están *siempre mínimamente vinculadas, por un hilo sutil y permanente*: el de la solidaridad social intersubjetiva.

---

<sup>247</sup> FRISCH, “Derecho Penal y solidaridad”, 4.

<sup>248</sup> FRISCH, “Derecho Penal y solidaridad”, 1 y 3. Por su parte, Wilenmann, que entiende que *el Derecho viene a crear, a asignar y a distribuir libertad* (y yo creo que sólo a reconocerla y preservarla). Por ello otorga a la solidaridad un papel muy relevante e indigerible para un liberal. Dice: “En el caso de la solidaridad, su expresión directa es la norma de comportamiento expresiva de una causa de justificación, por lo que el principio alcanza por sí mismo para describir al estado de necesidad agresivo. Dicho de otra forma: *el estado de necesidad agresivo puede ser visto sin más como la institucionalización de un principio de solidaridad a propósito de la regulación de facultades de afectación de ámbitos de autonomía ajenos*” (WILENMANN, *El sistema...*, 9-10). Yo creo que no alcanza por sí mismo para explicar ni para fundamentar nada. Y que, por cierto, que lo mejor en un sistema liberal sería excluirlo. Aquí, sin embargo, y a partir del reconocimiento de la existencia de un deber mínimo de empatía con el otro, de reconocimiento del otro en tanto es persona –es decir de su *dignidad*- se reconocen deberes generales de solidaridad mínimos.

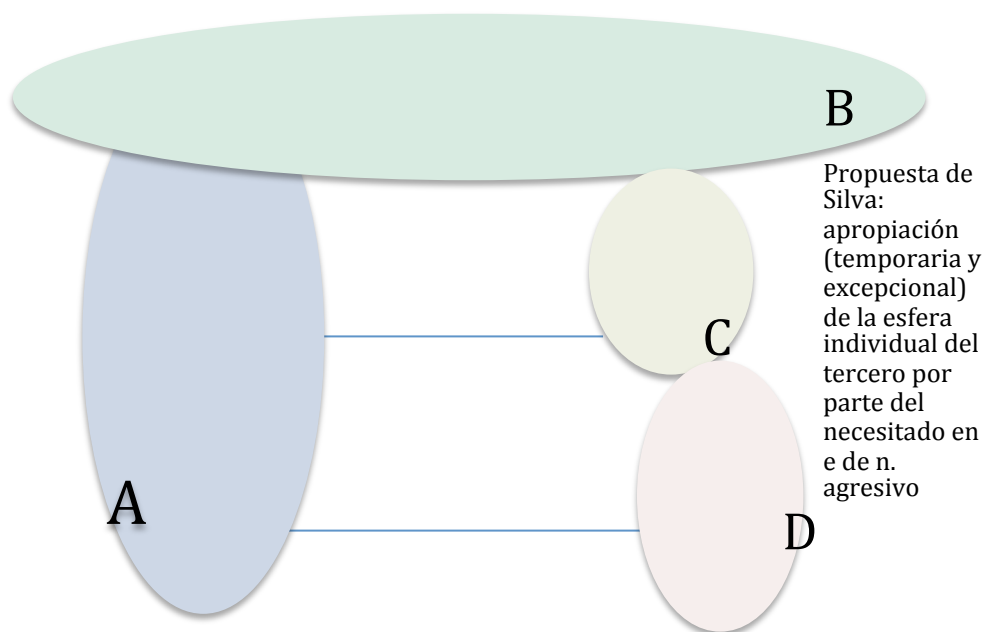


Con Silva, bien que limitadas, en el trabajo que cito, para situaciones de estado de necesidad agresivo en el que la acción de salvamento compromete a la propiedad, las esferas de autonomía nunca discurren demasiado libremente, y en casos de conflicto no se produce sólo una limitación o el sacrificio de una en beneficio de la otra (o del otro), sino más bien una (excepcionalísima) *apropiación de la esfera* del tercero por parte del necesitado *quien debe cederla* a su favor para posibilitar la solución del conflicto. En su propuesta, mucho más social y comunitarista que la mía, los derechos de propiedad no son absolutos y tienen un contenido eminentemente social, una pertenencia social. “Lo mío”, no es en rigor mío, sino que sólo soy un administrador (precario) de aquellos bienes de titularidad común que me toca, circunstancialmente, administrar. Debo entonces, ante el requerimiento del necesitado, ponerlos a su disposición.<sup>249</sup> Si no lo hago, respondo en omisión pura o simple. Si, además, la emprendo activamente en contra de mi deber<sup>250</sup> (*frustro* la salida que el necesitado emprende o intenta), respondo en comisión por omisión por el daño que el necesitado pueda experimentar. Existe, en esta propuesta, fuertemente vinculada a la doctrina social de la

<sup>249</sup> Idea que encuentra apoyos también en Grocio, para quien la necesidad urgente hace que las cosas vuelvan a la titularidad del conjunto. (GROCIO, Hugo, *El Derecho de la Guerra y de la Paz*, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925, II.ii.6). La noción podría sintetizarse de este modo: antes de la introducción de la idea del derecho de propiedad, las cosas eran “comunes” y cada uno podía usarlas conforme las necesitara. Una situación de necesidad dispara el retorno temporario a aquel estado natural inicial, previo a la introducción de los derechos de propiedad, y revive el derecho original de uso de esas cosas en la medida que resulte necesario.

<sup>250</sup> Cierro la puerta de mi casa al que viene perseguido por la bestia.

iglesia, la idea de que se verifica en realidad “una hipoteca social sobre todos los bienes materiales”.



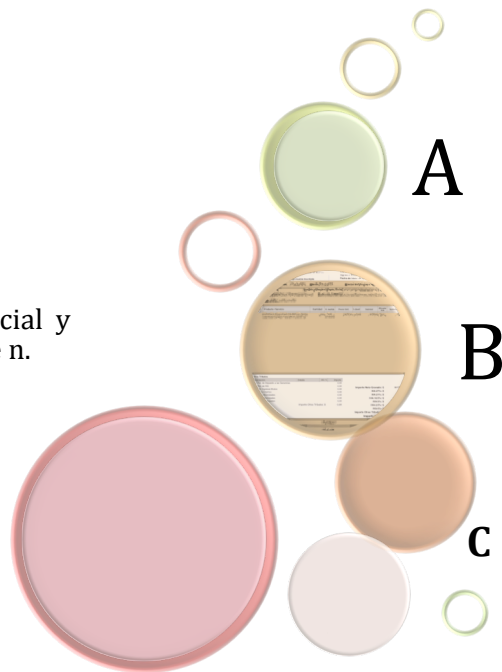
Creo, por mi parte, que la relación entre esferas no tiene esa característica de permanencia que Baldó postula (aunque de algo “tan sutil” como un hilo se trate), pero que, circunstancialmente, puede ser por cierto muy intensa (v.gr., supuestos de responsabilidad o de competencia por el peligro). Y que esa relación es mucho menos intensa o dramática que la que mi maestro Silva afirma para los supuestos de estado de necesidad agresivo.

Me parece que las esferas de autonomía, como dije, discurren en absoluta libertad dentro del marco (social). Y que en situaciones *excepcionales* de necesidad, *unas y otras se vinculan, solapan e interseccionan de forma mínima y parcial.*<sup>251</sup>

Que esa vinculación o solapamiento no puede ser total, al límite que una signifique la apropiación (la expropiación coactiva), aunque sea momentánea o circunstancial, de la otra. Y lo será por razones de dignidad, no de solidaridad. El dibujo sería más o menos, el siguiente:

<sup>251</sup> Ciertamente es que otras justificaciones, como el ejercicio legítimo de un derecho, suponen ese solapamiento o intersección de esferas y de forma permanente o usual. Pero no tienen la misma lógica ni fundamentación material. El correlato del ejercicio legítimo del derecho de uno, es el deber de tolerar del otro. Y esa limitación, que todos aceptamos, deriva del principio de autonomía y se formaliza en nuestro artículo 19 de la CN (lo que no está prohibido está permitido). El ejercicio regular de un derecho no supone la apropiación coactiva o violenta de la esfera de libertad del otro. Mucho menos la de un inocente. El deber de tolerar del inocente depende del contenido y de la extensión que reconozcamos al derecho del otro.

contacto circunstancial y  
excepcional en e. de n.  
agresivo



No me veo como prestatario, usufructuario o simple administrador de bienes ajenos. La diferencia con mi maestro Silva, parte, fundamentalmente y en general de mi postura liberal y de la suya, más comunitarista o social cristiana.<sup>252</sup> Y, en particular, de una distinta concepción sobre el derecho de propiedad.<sup>253</sup> Lo mío es mío y no lo administro por y para otro, sino que lo dispongo como me venga en gana, reservando siempre una parte en aras del

<sup>252</sup> Interesante puede resultar aquí volver a Grocio, que anticipa la propuesta de “la posición originaria” de Rawls: “4. Pues también es sentencia recibida entre los teólogos, que en tal necesidad, si alguno toma de parte ajena lo que es necesario para su vida, no comete hurto; de la cual sentencia no es causa lo que algunos traen: que el dueño de la cosa está obligado a darla al necesitado por ley de caridad, sino porque todas las cosas parecen distribuidas entre los particulares con cierta benigna admisión del primitivo derecho. Pues si hubiesen sido preguntados los primeros divisores qué sentían de esta cuestión, hubieren respondido lo que decimos. *La necesidad*, dice Séneca, el padre, *gran patrocinio de la humana debilidad, quebranta toda ley (la humana o la hecha a modo de la humana)*... en *Curcio* se halla: *que en la calamidad común, cada uno tiene su fortuna...*”. (GROCIO, T.I, L. II, Cap. II, no. VI, 293-294).

<sup>253</sup> La de Silva más común a Grocio (ver *supra* nota 249), la mía a Pufendorf: “Those things, therefore, which belong to us as *our own*, whether in the ordinary fashion, or even in eminent domain (the way in which states or their heads possess their goods), we can enjoy according to our free will, and we can keep all other persons whatsoever away from them, unless by covenanted pacts they have sought for themselves a special right which supervenes upon our right, and, in the same manner, while these things are ours they cannot be wholly another’s.” (PUFENDORF, *Two Books...*, I, Def. V, n. 4). Para una deriva -más marcada aún-, del Profesor Silva hacia la afirmación de los deberes positivos generales como deberes inicialmente morales *nacidos de la fraternidad* y luego *juridizados como deberes de ciudadanía* que, podría ser, tal como sostiene Pawlik, el Estado delega en un ciudadano en beneficio de otro ciudadano en peligro, véase SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 102-103. En cuanto a mi opinión, ver *infra* nota 507.



bien común (v.gr. separo prolijamente, mes a mes, la porción de mis ingresos para pagar el impuesto a las ganancias). Es decir que lo que sí hago, puede que como parte del pacto social, de mi sentido de pertenencia ciudadana y de compromiso contractual (pero fundamentalmente porque respeto la dignidad del que menos tiene y, por cierto que también por temor a las consecuencias -penales- de no hacerlo), es *reservar y poner a disposición del otro, a través del Estado* - que es quien administra esta relación mediante la cláusula de necesidad-, *parte de mis bienes o hasta, excepcionalmente, de mi autonomía, para que, sean utilizados en favor de la subsistencia de otros, del bien común y, por tanto, también de mi mejora como persona y como ciudadano.*<sup>254</sup>

Claro que no hay derechos absolutos. Pero el derecho de apropiación aún circunstancial de la esfera ajena, implica, en mi opinión, una noción del derecho de propiedad no sólo “no absoluto” sino, poco menos, que inexistente. Supone un fuerte ataque a la autonomía individual en beneficio de otro y, pretendidamente, de la comunidad. No creo que la comunidad se aproveche de este sacrificio, al que no me parece que la ley, ni la Constitución, obliguen<sup>255</sup> y que, más bien prohíben.<sup>256</sup>

Mi interpretación sobre el marco Constitucional es más liberal que la de Baldó. Y la Constitución Nacional, la permite y habilita sin dificultad o forzamiento alguno. Mi propuesta sobre el discurrir de las esferas de autonomía personal en la sociedad libre y democrática y del derecho de injerencia en ellas, es distinta. La libertad es más amplia. Y “la solidaridad social” impuesta o reclamada, es menor que la que proponen Baldó y Silva. Es que no se trata de un deber de solidaridad que se explica y fundamenta a sí mismo por el hecho de vivir en comunidades, sino de la *dignidad* que reconozco en el otro en tanto es, como yo, una persona. Veamos más fundamentaciones de este *deber de solidaridad*.

---

<sup>254</sup> El bien común, es también o persigue, el bien individual. Según la Corte Suprema, “es el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros, el logro más pleno y más fácil de su propia perfección” (CSJN, “Gobierno Nacional c/Roca de Shröder, LL, 1976-C, 280, cita en SANTIAGO, “El concepto de bien común...”, 877).

<sup>255</sup> Por otra parte, la propuesta de mi maestro Silva en “Derechos de necesidad agresiva...” en el sentido de que el sujeto sobre el que recae la acción de salvamento y que niega su aporte no sólo pasivamente, sino “haciendo algo” (cerrando la puerta de su casa a quien huye de la bestia) responda no sólo a título de autor de una omisión de socorro (doctrina mayoritaria) sino como autor en comisión por omisión de la lesión que resulte en el necesitado, me resulta algo excesiva.

<sup>256</sup> La propiedad es inviolable .... etc... En relación a los impuestos, la CSJN ha puesto límites (desde el caso “Synge” del 21.09.1956) a “la entrega” considerando confiscatorios (y por tanto inconstitucionales por afectación al derecho de propiedad) aquellos que exceden cierto porcentaje, concretamente, el 33%.

## 1.2. La solidaridad como prima en un contrato de seguro (Merkel)

Todo ser confía en una positiva actitud de solidaridad recíproca en sociedad. Pero tal vez, como sostiene Merkel, esa “*social insurance policy*” recíproca con la que contamos, a lo menos en el planteo de Rawls, no tiene origen en la solidaridad como actitud moral sino en una “*cooperación racionalmente motivada*”. Así, ejemplifica:

*“A, que se encuentra en un peligro (relativamente) grande, con el fin de evitarlo, puede exigir un (relativamente) pequeño sacrificio de B como mínimo ético derivado de la mera compenetración ciudadana; su fundamento reside en que también B se aprovecha del principio general de una tal solidaridad mínima garantizada recíprocamente (pues podría encontrarse mañana ante semejante peligro); de nuevo se pone de manifiesto al considerar que, en el ficticio escenario contractualista del estado originario tras el velo de la ignorancia, tampoco B, egoísta racional - como todas las demás partes del pacto-, tiene buenas (rationales) razones para renunciar a dicho principio”.*<sup>257</sup>

---

<sup>257</sup> MERKEL, “La filosofía...”, 199. Se trata, como ha apuntado Silva Sánchez, de un esfuerzo por “juridizar” el deber (moral) de solidaridad social desde una perspectiva contractualista que se mueve en coordenadas de carácter básicamente procedimentalista. (SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad...”, 30 a 34).

Mi perspectiva, liberal y no comunitarista, no casa bien con la existencia de una idea de solidaridad social nacida en otra fuente que no sea la propia autonomía o del principio de la dignidad de la persona humana. Una convivencia en la que, manteniendo esferas de libertad separadas, los ciudadanos *aceptamos* vincularlas muy excepcionalmente cediendo o entregando una parte de lo nuestro en beneficio de los otros (“bajo inventario” y con derecho de reparación). Y ello, o bien porque “lo queremos” (en ejercicio de nuestra autonomía), o porque “vemos en el otro a un igual”, a una persona dotada de dignidad y nuestro deber es no sólo respetarla sino reconocerla (es decir nunca “afectarla” y, en ocasiones, contribuir – actuar- dentro de nuestras posibilidades para que ella no se vea afectada). Es que, por aquí, el Estado no ha hecho (nunca) todavía, ni amaga a hacer, la distribución a la que se refiere mi maestro español. Me preocupa sinceramente, además, el reconocimiento (o el nacimiento o la consagración... ¿existen realmente?) de una indeterminada cantidad de *deberes ciudadanos* con fuente imprecisa (o, a lo menos, más imprecisa, por ejemplo, que el *neminem laedere*) y de contornos y extensión muy poco claros. Quizá ello no resulte tan preocupante en democracias más asentadas, *más reales que formales* y con amplio reconocimiento y respeto por la ley y las instituciones que regulan el juego. Pero en mi país en el que el Estado de Derecho se pone en crisis constantemente, en el que muchas veces atravesamos largos períodos en los que reinan la anomia y/o la anarquía y en el que lo excepcional y lo dramático parecen ser la regla, creo que antes que postular a los ciudadanos como policías, jueces, periodistas o bomberos hay que bregar por (y exigir que), el Estado y sus órganos asuman su rol (y SU deber) y las instituciones políticas y sociales cumplan con los suyos. Mientras tanto, nos contentaremos con *el principio de dignidad*, entregando (muy limitadas) porciones de lo nuestro “en la emergencia” y porque reconocemos al otro como un ser digno del mismo respeto y consideración que aquel que a nosotros se nos debe. Y allí y cuando quien tiene que aparecer, o estar presente -el Estado-, sencillamente, *brilla, ... ¡pero por su ausencia!*. Silva Sánchez advierte, por cierto (¿alguna vez podré decir algo que él ya no haya pensado o escrito...?), estas (indeseables) consecuencias cuando, en “Derechos de necesidad...”, 34 nota 33, tras mencionar un trabajo de PAPAGEORGIOU sobre lo inadecuado de cubrir “necesidades estructurales” de una sociedad por remisión a deberes de solidaridad, nos advierte: “Sin embargo, conviene no olvidar que en Estados en los que el grado de institucionalización real se mantenga radicalmente lejos de su marco normativo programático, la excepción podría tener que convertirse en regla. Sentado un determinado marco jurídico (digamos Estado social), existe una relación inversa entre la densidad

De sacrificio relativamente pequeño frente a grandes peligros, se habla; “hasta ahí”, como dicen los chicos. Por eso que el mal que se causa en estado de necesidad agresivo debe ser, en mi opinión esencialmente menor que el que se puede causar en estado de necesidad defensivo.

### 1.3. La solidaridad como “garantía de la *sociedad solidaria*” (Frisch).

Cuando se habla de solidaridad, explica Frisch, se piensa en un *vínculo* como consecuencia del cual se brinda auxilio o, en el caso de necesidad de otro, se toleran ciertas acciones de ese otro. En ese sentido, la solidaridad significa cierta *actitud o posición que constituye el trasfondo de una conducta en beneficio de otras personas*.<sup>258</sup> Pero tengamos cuidado, previene el autor. En efecto, generar ciertas actitudes o sentimientos tales como la unión de ciertas personas en ciertas situaciones queda fuera del poder del Derecho, como así también fuera de aquello que el Estado está autorizado a exigir.<sup>259</sup> Éste sólo puede regular conductas externas y, de ese modo, definir, limitar y asegurar, ámbitos de libertad. Así, la solidaridad, en esa medida, *sólo puede referirse a lo externo*. Define ese comportamiento externo, aquello que se exige con independencia de la actitud y de los motivos del que actúa.<sup>260</sup> Por ello, en el contexto del Derecho, en el ámbito de la exigencia jurídica, en relación con una solidaridad entendida como *actitud o posición*, sólo se puede tratar de conductas “*cuasi solidarias*”.<sup>261</sup> Pero la cuestión, la llamemos como la llamemos, sigue siendo si puede el Estado, a través del Derecho Penal, es decir en la forma de imposición de deberes y bajo coacción en caso de infracción, imponer aquello que aparece como éticamente mandado, o como razonable<sup>262</sup>, o como lo que todos harían...

Frisch sostiene que no. Que se requiere una fundamentación especial, básicamente, porque la imposición de esos deberes contiene una injerencia en los derechos del obligado. Por ello, el fundamento de esos deberes de solidaridad no puede ser ni “*el mero sentimiento*

---

institucional existente y el papel de la ‘*cuasi-institución*’ estado de necesidad agresivo.” Creo no equivocarme, si afirmo que esa es precisamente la situación en la nos encontramos y que fundamenta mis prevenciones.

<sup>258</sup> FRISCH, “Derecho Penal y solidaridad...”, 7. Pregunta: *¿no es esto respeto a la dignidad?*

<sup>259</sup> La solidaridad, meramente *como virtud*, como vínculo o como sentimiento, no puede ser exigida sin más. Como tampoco el profundo mandato moral y cristiano de que “amemos” a los otros, o a algún otro. Pero aquello que todos llaman solidaridad, en mi propuesta como derivación directa del reconocimiento del otro como persona, de su dignidad, del respeto por su dignidad, sí que puede ser reclamada y de hecho lo es (forma parte de nuestro compromiso Constitucional). Al final no es otra cosa que una expresión del mandato cristiano de “amar al prójimo”, es decir al que está cerca.

<sup>260</sup> En efecto, “no para” sino “por”. Esto coincide absolutamente con la ética kantiana.

<sup>261</sup> Creo que las “reservas” que Frisch formula, pueden salvarse reemplazando *solidaridad* por *respeto* derivado de la dignidad. Esa sí que es una imposición no sólo moral sino también de justicia material.

<sup>262</sup> FRISCH, “Derecho Penal y solidaridad...”, 7 y 8.

*de unión*” que ciertas personas puedan tener y que, en virtud de ello, se sientan obligadas a realizar determinados auxilios o a tolerar ciertas cosas. De ello no pueden derivarse deberes generales ni pueden fundar el deber frente a aquellos sujetos que carezcan del “sentimiento mismo de unión”. Tampoco puede serlo la solidaridad como principio moral.<sup>263</sup> Porque, explica, si bien es cierto que a muchos el auxilio en caso de necesidad les parece un mandato de una acción éticamente correcta, el Estado no está autorizado a imponer en forma de deberes, y en forma de penas por su infracción, todo aquello que se considera éticamente correcto.<sup>264</sup> Sólo lo puede hacer, cuando lo que las personas consideran como éticamente mandado, resulta necesario para el cumplimiento de las tareas que le han sido delegadas (por ellos mismos) al Estado. Resulta preciso demostrar por qué lo ético y razonable en la relación entre los ciudadanos (horizontal) también puede ser exigido e impuesto como conducta externa mediante el Derecho estatal (relación vertical) el cual, en tanto instrumento para la realización de las tareas del Estado, se encuentra vinculado por los límites de ese ámbito de tareas. Es decir, que lo éticamente correcto en relación con el otro sólo puede tornarse en un deber jurídico en la comunidad solidaria, cuando y en la medida en que pueda partirse de la premisa de que tal deber se corresponde con la autonomía de los miembros de esa comunidad.<sup>265</sup> Y para ello, propone Frisch identificar el principalísimo deber del Estado, que es el de *garantizar la seguridad de los ciudadanos* reunidos en él, y luego concluye que “*naturalmente esa seguridad, que todos demandamos, tiene su precio*”. Aquellos en cuyo interés los demás están vinculados solidariamente y *quieren seguridad*, también deben, como contrapartida, *realizar y aceptar solidariamente sacrificios* a fin de que el Estado, en tanto comunidad solidaria, pueda ofrecer la seguridad esperada.<sup>266</sup>

En una comunidad moderna, nos dice, esa contribución se exige, fundamentalmente, en la forma del pago de tributos que deben ser recaudados para garantizar las diversas seguridades (de la vida, del cuerpo, de la salud, de la propiedad, de la libertad, etc.). Pero hay ocasiones, y aquí viene lo fundamental y su propuesta de fundamento, en que el aporte usual de la comunidad en la forma de tributos no es suficiente para garantizar la seguridad frente a afectaciones, porque se trata de situaciones de necesidad o amenazas que surgen repentinamente y cuya evitación no es posible resolver para las instituciones de la comunidad solidaria... Pero esos peligros todavía pueden ser evitados mediante el actuar o el tolerar por

---

<sup>263</sup> El respeto y el reconocimiento a la dignidad humana, sí.

<sup>264</sup> FRISCH, “Derecho Penal y solidaridad...”, 8.

<sup>265</sup> FRISCH, “Derecho Penal y solidaridad...”, 9 y conclusiones. Como veremos, esto coincide con mi propuesta.

<sup>266</sup> FRISCH, “Derecho Penal y solidaridad...”, 10.

parte de miembros individuales de la comunidad solidaria. En la medida en que esto es efectivo, parece evidente pragmáticamente también requerir tal comportamiento de estas personas en el marco de lo exigible. Con lo cual, entonces *la solidaridad hace posible la seguridad*<sup>267</sup> (recuerden, el principal cometido del Estado por delegación de los ciudadanos). Es decir que la solidaridad es la que concreta, en caso de falencia del Estado, ese objetivo *de seguridad ciudadana* en el que todos estamos interesados y que hemos delegado.<sup>268</sup> Los deberes de solidaridad son, por lo tanto, la consecuencia de la decisión adoptada en el marco de la propia autonomía (individual) a los fines de una mejora de la seguridad también en esos casos. Una voluntad fácticamente declarada, o una que los miembros racionales de la comunidad solidaria (razonablemente) deberían haber aprobado.

Parece claramente una versión contractualista en sintonía rawlsiana. Estoy muy cerca de la posición de Frisch en alguna parte de su fundamentación (no se puede exigir solidaridad... la solución debe venir por la autonomía). Pero creo que no es a partir de un cálculo estratégico, “solidaridad por seguridad”, sino basado en el principio de la dignidad de la persona humana. Doy, en la medida en que puedo dar porque reconozco en ti a otro, dotado de dignidad como yo. Pero no me puedes exigir, ni el Derecho ni tú mismo, que dé más allá de mi propia dignidad ni, por cierto, porciones relevantes (*aunque sea mínimamente relevantes*) de mi propia autonomía.

#### **1.4. Perspectivas institucionalistas (Jakobs, Pawlik, ¿Silva Sánchez?):**

Otra alternativa, por ahora, es explicar el deber de solidaridad desde perspectivas institucionalistas como proponen Jakobs, Pawlik y de algún modo Silva. El primero postula el “*deber del ciudadano de ocuparse de lo general*”. De la idea de responsabilidad política de todos los ciudadanos se deduce el derecho y el deber de actuar para el Estado en caso de desastre, sacrificando bienes de escaso valor o soportando ese tipo de acciones”. Ello, cita Silva a Jakobs “implica que no se trataría de solidaridad interpersonal sino que la víctima se

<sup>267</sup> FRISCH, “Derecho Penal y solidaridad...”, 11.

<sup>268</sup> Es decir, “que no sólo parece evidente en términos prácticos, sino que también resulta la solución normativa adecuada, pues se corresponde con la voluntad de los miembros de la comunidad solidaria, que están interesados en la solidaridad y que sólo pueden ser lograda, por medio de actuar y tolerar de los miembros particulares, como asimismo que lo desean bajo el costo de los deberes de actuar y de tolerar, impuestos a ellos en los casos correspondientes...”. (FRISCH, “Derecho Penal y solidaridad...”, 11, nota 43).

beneficiaría del reflejo de un deber que el ciudadano tiene respecto del Estado”.<sup>269</sup> Pero analicemos con mayor detalle las propuestas de Pawlik y de Silva.

#### **1.4.1. Pawlik: el ciudadano “corresponsable por defecto del principal”.**

Para Pawlik, la solidaridad no resulta reflejo de la existencia de elementos de *comunidad* entre los ciudadanos, sino de una delegación de la posición de garante original del Estado para reaccionar a algunas de las consecuencias de la atomización social. El Estado, responsable primario de la paz y del orden, no llega a prevenir, a cautelar o a salvar todas las situaciones de peligro a las que los ciudadanos pueden verse enfrentados. Y es preferible que no llegue, por el riesgo de crear un Estado omnipresente. El ciudadano tiene así asignado un *rol subsidiario*, que es, a la vez, un *deber como corresponsable del mantenimiento de la paz y de la separación de las esferas de libertad*. Cuanto más institucionalizada y ordenada sea la sociedad en cuestión, menos espacio habrá para el auxilio de personas en peligro o para la afectación típica de terceros extraños.<sup>270</sup> De todos modos, por más esfuerzos que se hagan, la absoluta desaparición de estas situaciones resulta imposible. Por otro lado, parece claro que en sociedades con marcados defectos de institucionalización, serán muchas más las situaciones de necesidad o de desamparo que demanden de nuestra solidaridad tanto activa como pasiva.<sup>271</sup>

Explica Pawlik que la principal tarea de todo el Derecho, y en especial la del Derecho penal, es asegurar la aspiración de que todos puedan conducir su vida según su propia visión de las cosas<sup>272</sup> (principios de dignidad y de autodeterminación). Claro que el Estado y su Derecho penal, sostiene, no pueden garantizar al ciudadano una vida plena, pero sí hacer posible al individuo, bajo el presupuesto de una reciprocidad estricta, una configuración de su propia existencia que esté libre de un temor paralizante y de una *hétéro-determinación abrumadora*.<sup>273</sup> Ahora bien, el ciudadano interesado en la protección efectiva de su integridad frente a posibles daños y que es responsable *frente al Derecho* tiene también el rol de un ciudadano del Estado que es responsable *del Derecho*.<sup>274</sup>

---

<sup>269</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva...”, nota 26.

<sup>270</sup> En la Argentina nos queda un enorme trabajo por hacer...

<sup>271</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La omisión...* 479, nota 22.

<sup>272</sup> PAWLIK, Michael, “Delito y pena en el Derecho Penal del ciudadano” (trad. Nuria Pastor Muñoz), en *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría del delito y de la pena en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016, 33 a 79. Aquí, 36.

<sup>273</sup> PAWLIK, op. y loc cit.

<sup>274</sup> *Ibidem*. Destacado en el original.

Por otra parte, sigue Pawlik, *el Estado* tiene que realizar las prestaciones que de él se esperan, en primer lugar, *la garantía de la paz*. Y fracasará en esa tarea mientras esté en duda el deber de obediencia de los ciudadanos. Para asegurar la paz, reprimir la guerra civil de todos contra todos y sustituirla por un orden que asegure la vida de todos, el Derecho debe tener, en palabras de Welzel, “fuerza configuradora de la realidad”. *La expectativa de que esa “envoltura simbólica” que el Derecho coloca en torno a cada ciudadano individual no sea lesionada considerablemente por otros*, sigue Pawlik, *constituye “la condición previa de la personalidad” y con ello también de la legitimidad de todo Estado obligado por la idea de la libertad personal*. El ordenamiento jurídico tiene que imponer el “dominio de la normalidad”<sup>275</sup> y ello sucede cuando los presupuestos de la felicidad humana y del éxito, del desarrollo personal propio y de la auto realización ética, se han convertido en una obviedad que pasa inadvertida, cuando se ha expulsado a la violencia del espacio interpersonal, cuando existe confianza en el futuro, cuando las expectativas alcanzan una estabilidad que rige el actuar, cuando impera la fiabilidad recíproca.<sup>276</sup> Es decir, ello existe cuando el ciudadano debe poder disfrutar de su derecho, cuando puede estar seguro de que su posición jurídica será respetada por los demás (adquiriendo las normas del Derecho una, necesaria, *cimentación cognitiva*).<sup>277</sup>

El Estado tiene el deber primario de mantener un sistema de libertades en el cual todos podamos realizarnos como personas, y en paz. Pero, explica Pawlik, no puede hacerlo sólo: *“la indispensabilidad no se debe confundir con la exclusividad”*.<sup>278</sup> Y no puede hacerlo sólo porque ello exigiría una intensidad de vigilancia que nadie puede querer de un Estado de libertades.<sup>279</sup> Así, los ciudadanos también tienen una obligación de comportamiento fiel al

---

<sup>275</sup> PAWLIK, 41.

<sup>276</sup> *Ibidem*.

<sup>277</sup> PAWLIK, 42. Quizá el relato literario más conmovedor y genial acerca de un desesperado intento por restablecer el orden anterior, la normalidad y la paz alterada, sea el Hamlet. La lucha del Príncipe es por recuperar la situación previa, quebrada por el asesinato cobarde y atroz de su padre, el Rey, a manos de su tío Claudio y por la traición de su madre, quien ahora, “con el cuerpo del Rey todavía caliente en la tumba, comparte el lecho fraticida”. Dinamarca, marcada por el regicidio, se desarma, se pudre y destruye. Y, como si algo faltara, resulta acosada por un enemigo implacable. Hamlet no tiene alternativas, carece del poder terrenal de la Justicia, encarnada en el usurpador. Está absolutamente sólo en su épica, en su desgracia y en su locura. Concentra toda su energía en la “rectificación”, en hacer que el orden alterado vuelva a su cauce adecuado. No sólo busca destruir a Claudio; quiere desesperadamente también escapar de un mundo de mentiras, romper el engaño, restaurar la Justicia. Es que, a veces, la venganza es un proyecto necesario... Como sabemos, nuestro héroe consigue la verdad; pero no logra conquistar a la muerte. (SHAKESPEARE, William, *Hamlet*, edición bilingüe del Instituto Shakespeare de Madrid, Cátedra, 13ª ed., Madrid, 2008, con Introducción de Carlos Pérez Gallego).

<sup>278</sup> *Idem*.

<sup>279</sup> Ya antes, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 314 nota 738: “un desarrollo perfecto –de la función policial- no es posible ni conveniente. No es ya tan sólo que no existen en el mundo fuerzas de seguridad que puedan garantizar

Derecho. La retirada de instancias externas de control (*de disciplinamiento*, dice Pawlik) que haga posible un sistema de libertades, tiene que ser compensada mediante una disciplina de los miembros de la comunidad de Derecho. Así, concluye el hegeliano “*la corresponsabilidad por el mantenimiento de un Estado de libertades, concierne a todos y cada uno de los ciudadanos. El reconocimiento de esta corresponsabilidad es, al fin y al cabo, un mandato del fairness. A quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho, se le exige que también contribuya con la suya a la preservación y defensa de estas libertades*”<sup>280</sup>, no en términos de responsabilidad directa por el bien común estatal (que no podría cumplir por inconmensurable), pero sí por las tareas concretas en sus roles sociales.<sup>281</sup>

Quien coloca a otro en peligro mediante un ataque doloso o mediante una violación al cuidado (o al control) (en mi propuesta, *sujeto responsable pleno, o preferente por el peligro*) viola *en sentido fuerte o medio* ese deber de cooperación. No sólo es un “no cooperador”, sino que ataca (agresor) o cuestiona (el *cuasi* agresor) el sistema de libertades que él mismo tiene la responsabilidad (la corresponsabilidad) de mantener. En términos de Pawlik, “quebranta su rol en tanto representante de la comunidad de Derecho, en cuanto ciudadano, lesiona su deber de cooperar con el estado jurídico existente”.<sup>282</sup> Su injusto no sólo justifica la reacción individual, sino que la reclama. Porque, dice Pawlik con cita de Kant “*el delito pone en peligro a la comunidad y no sólo a una única persona*”.<sup>283</sup> Por eso es que, de nuevo, nadie discute el derecho de reacción (de defensa) contra la fuente de peligro. Este es no sólo un derecho del ciudadano amenazado por el peligro, sino también un aporte como corresponsable del mantenimiento de un sistema de libertades que nos permita vivir en sociedad.<sup>284</sup>

---

un ejercicio plenamente exitoso de su función, sino que, además, tal cosa no resulta conveniente. Ni desde el punto de vista económico, pues como dicen los americanos ¿quién paga la factura?, ni desde el punto de vista político –de las libertades-. ¿A quién no le produciría pavor el estado macro policial...?”. Quién hubiese imaginado que, cuando reviso estas notas ya para del depósito de mi tesis, llevamos más de 100 días de cuarentena (récord mundial... es que a los argentinos nos gustan esas cosas), es decir de encierro, por efecto de la pandemia del Coronavirus. Y nuestro Presidente acaba de anunciar otra extensión, todavía más dura para la Metrópoli y su zona aledaña (AMBA). Será de 15 días y nadie asegura que, alguna vez, esta pesadilla acabará... Nos dice que el único *remedio* (sic) que existe para el virus es nuestro encierro y que no debemos angustiarnos ni preocuparnos porque él “no está enamorado de la cuarentena sino de la vida”. Y que nuestras vidas (él) está muy decidido a cuidar, parece que a cualquier costo. Que Dios nos proteja.

<sup>280</sup> PAWLIK, 43.

<sup>281</sup> PAWLIK, 44.

<sup>282</sup> PAWLIK, 45.

<sup>283</sup> *Ibidem*.

<sup>284</sup> Acerca de la actitud o “el talante” del Derecho frente a las causas de justificación y, en especial, frente a las diferentes estructuras de necesidad, véase *supra* Sexta Parte, Capítulo XVI, puntos 2.2.4. y 2.2.5, diálogo con Ticio y su carta.



No veo tan claro, o menos claro que en la propuesta de Frisch (que tiene como fundamento *a la libertad* que se manifiesta en el *contrato inicial*), que el ciudadano tenga estos deberes por defecto del principal (por lo menos en países en donde *el principal* es tan defectuoso a la hora de cumplir con sus deberes, como en el mío). Sí, me parece claro, en cambio, que la propuesta *no resulta atractiva ni plausible* a la hora de fundamentar estos deberes en un sistema de libertades.

Obsérvese, por ejemplo y en lo que aquí más interesa, que *esta dimensión del ciudadano como cooperador al mantenimiento de la paz* está ausente en los casos de estado de necesidad agresivo. El necesitado *acciona* contra un tercero inocente y *lo lesiona típicamente*. No hay en ello valor, no existe allí cooperación al mantenimiento de la paz y del orden. Hay sólo injerencia lesiva, afectación a la libertad, hay *más dolor* (en su sentido más amplio). La afectación de un inocente *vis a vis* un competente implica, en principio, más dolor por su “derrame” a esferas de libertad no implicadas o comprometidas en el origen. Si el necesitado *pudo* actuar en forma defensiva y no agresiva contra el tercero, también supone una violación de su deber de cooperación en el mantenimiento de un sistema de libertades.

No le impondremos una pena, porque la violación a ese deber de cooperación no tiene la intensidad que exhibe la de un *agresor* (responsable pleno) o la de un *cuasi agresor* (responsable preferente). El deber de cooperación, en este caso, no está reforzado con una pena, que en principio no se merece, y que tampoco se reclama. Pero sí le exigiremos (en virtud de su deber positivo de respeto por el otro y del deber negativo de no dañar al otro) “*un especial cuidado*” al injerirse en la esfera de autonomía del inocente (es decir en aquella que estaba obligado a respetar y a mantener incólume) merced a la causación de un mal esencialmente menor que el que lo amenaza. Y el pago de los daños, claro, porque el Derecho (en su conjunto) no valida su conducta.

#### **1.4.2. Silva Sánchez: “La solidaridad como una (*cuasi*) institución (*cuasi*) estatal de incidencia subsidiaria”.**

Silva Sánchez destaca, como central, la idea de que en el Estado moderno *no cabe admitir que la distribución social de suerte y desgracia sea cosa de la naturaleza* (del *casus*), sino que, en cierta medida, es al Estado a quien corresponde la corrección de esa distribución, a veces injusta. Y ello tiene lugar, en general, a través de instituciones públicas organizadas (a

las que el ciudadano contribuye, en primera instancia a través del pago de impuestos).<sup>285</sup> Sin embargo, sigue, en ocasiones éstas pueden llegar demasiado tarde; y es en ese punto en el que surgen el “derecho de necesidad” y, su contracara, el “deber de tolerancia”, como “*cuasi instituciones subsidiarias*”. El sujeto que accede a la esfera de derechos de otro vinculado por deberes de tolerancia respecto de aquél, no cuestiona sus derechos de libertad negativa, no vulnera las relaciones jurídicas existentes entre sus correspondientes esferas de organización. Para Silva, *el deber de tolerancia* aparece, en suma, como un *deber (cuasi) institucional* dinámico, cuya función es contribuir a asegurar las condiciones reales de la libertad jurídica en aquellas situaciones límite cuando no alcanzan las medidas institucionales ordenadas de modo estático para subvenir las necesidades de los ciudadanos.<sup>286</sup> El deber de tolerancia, concluye entonces, es “*un deber positivo basado en una (cuasi) institución (cuasi) estatal de incidencia subsidiaria*”.<sup>287</sup>

## **2. Los problemas de la solidaridad como límite:**

Hasta donde alcanzo, son tres (por lo menos) los problemas de la solidaridad como límite: a) su amplitud, o, más bien, su falta de concreción o de su alcance; b) la cuestión de la imposición de deberes morales por ley, y bajo coacción penal; y; c) su incidencia en el principio de autonomía individual.

### **2.1. La solidaridad como “un concepto indefinido”:**

La verdad es que la idea de la solidaridad como límite o correctivo en el estado de necesidad agresivo, hoy ampliamente aceptada, dista de ser un argumento convincente y, por lo general, sólo aparece enunciada sin mayor explicación.<sup>288</sup> En primer lugar porque no

---

<sup>285</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva...”, 34.

<sup>286</sup> SILVA SÁNCHEZ, op. cit. en la nota 34, por ejemplo, apunta que Pawlik sostiene que el fundamento del deber de socorro sólo se hallaría en apariencia en la solidaridad interpersonal, mientras que, en realidad, se trataría de la delegación en los ciudadanos de funciones policiales.

<sup>287</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva...”, 30 a 34. Ver también, acerca de los deberes positivos generales y su existencia previa en la forma de deberes morales nacidos de la *fraternidad*, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 102-103: “se parte aquí de que el deber de socorro constituye de entrada un deber moral de fraternidad; como tal vincula a todo ser humano con el prójimo (cita la parábola del Buen Samaritano, Lucas, 10, 25-37). Sin embargo la juridificación del deber de socorro produce probablemente una mutación de su naturaleza: lo convierte en un deber de ciudadanía...”.

<sup>288</sup> Ver FRISTER, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 4ta. ed. a cargo de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 347, “...dado que en el estado de necesidad coliden bienes jurídicos de distintas personas, hace falta una legitimación para recurrir a los bienes jurídicos de una persona en protección del bien jurídico de otra... En el estado de necesidad agresivo, esta legitimación deriva de la obligación de los hombres a la solidaridad entre ellos, la cual, en términos relativos, está estrechamente limitada en nuestro

sabemos muy bien qué es. Es decir de qué hablamos cuando de ella hablamos. “La solidaridad”, ese vínculo interpersonal que se reclama, no es un concepto científico, o siquiera definido suficientemente siquiera por la filosofía. Se trata, en bonitas y elocuentes palabras de Pawlik, de un concepto por demás abierto e impreciso, de una “*proclama desamparada y conmovedora; de una tesis no interpretada*”.<sup>289</sup>

## **2.2. La imposición de deberes morales bajo coacción:**

La solidaridad es un deber moral. Y, en un sistema de libertades, no le corresponde al Estado imponer a los ciudadanos deberes morales, o su propia idea de la moral, sino intentar y en lo posible *asegurar*, que cada uno pueda desarrollar la propia, en tanto no perjudique a terceros.

Preciso se hace encontrar “la fundamentación especial” para esos deberes en forma de coacción que reclama Frisch, porque lo que sucede en situaciones de necesidad agresiva y en los deberes de socorro activo es que esos deberes suponen una injerencia en la autonomía (y puede que en la dignidad) de los sujetos obligados.

Esos deberes, estoy muy de acuerdo con Frisch, no pueden derivar “del mero sentimiento de unión” ni tampoco “de la solidaridad como principio moral”. Preciso es demostrar por qué es que lo éticamente mandado y aquello razonable en la relación entre ciudadanos puede transformarse en un deber jurídico general. Y entiendo que la respuesta, como propone Frisch, viene por el lado de la autonomía y del principio de la dignidad. De aquel aspecto positivo del *nemimen laedere* que nos impone o demanda respeto y reconocimiento por el otro, además del deber principal de no dañarlo. Y ello no necesita demasiada explicación: nace simplemente de nuestro propio reconocimiento como personas y, por tanto, del reconocimiento de esa misma dignidad en el otro.

## **2.3. Su incidencia en el principio de autonomía individual:**

Está claro, lo hemos dicho ya, que el reconocimiento de cualquier derecho para uno tiene como contracara la imposición de un deber para otro. Por tanto, reconocer a la solidaridad como un deber significa, necesariamente, un recorte a la esfera de autonomía

---

ordenamiento jurídico y, por ello, sólo legitima la injerencia si el interés protegido es desproporcionada o esencialmente mayor que el menoscabado”.

<sup>289</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 227 y 228.

individual, a la posibilidad, y al derecho, de que cada uno construya su propio plan de vida como mejor le parezca.

De todos modos, resulta innegable que ni bien el hombre abandona el estado de naturaleza y convive en sociedad, se generan vínculos recíprocos, relaciones y contactos más o menos fuertes y fluidos que hacen inviable (insoportable e insostenible) *el ideal de autodeterminación absoluta*. Estamos, sin duda, obligados a respetar la esfera de libertad ajena (deberes negativos, *neminem laedere*), pero resulta muy difícil de aceptar, en principio y *tout court*, que estemos también “obligados a mejorar las condiciones de nuestros semejantes ampliando sus esferas de libertad” (deberes positivos).

Lo cierto es que esos deberes no resultan discutibles si y cuando nacen de la autonomía individual, en situaciones en las que el individuo asume voluntariamente ese rol de ciudadano solidario (funciones institucionales de protección o de ayuda a los otros) o de esposo, policía, bombero o médico.

En cuanto a la solidaridad residual, a la solidaridad general o más débil o mínima, para casos en los que esa solidaridad no es voluntariamente asumida, ella, en las distintas posturas que examinamos, tiene origen en un contrato (fundamento contractualista), o nace del sólo motivo de la convivencia social (fundamento intersubjetivo, idea de “comunidad” de seres), o de nuestro *status de ciudadano* (fundamento institucional o *cuasi* institucional).<sup>290</sup>

Ninguna de las razones que se dan para fundamentar los deberes positivos generales mínimos resulta, en mi opinión, convincente. *Intentaré* en su lugar, como vengo anticipando, un camino distinto para encontrarle un sustituto a esta idea de *solidaridad mínima*, tan refractaria, en apariencia, a una concepción liberal. Lo haré con fundamento en el principio nuclear de la autonomía individual y en sus principios derivados y que no pueden ser más que afirmados y reconocidos por todos: el de responsabilidad por el propio acto organizador y el de la dignidad de la persona humana.

Pero previo a ello, y si lo que pretendemos es un ordenamiento basado en la libertad, veamos *si realmente tenemos que salir al rescate de esta idea de solidaridad*. Y en su caso, por qué y qué pensamos conservar de ella.

---

<sup>290</sup> PAWLIK, “Solidaridad...”, 225.

## **Segunda parte**

### **La irregularidad del estado de necesidad agresivo en un ordenamiento liberal.**

En esta Segunda parte, intentaré indagar si el estado de necesidad agresivo justificante resulta legítimo para un sistema de libertades. Cuál es su “espacio margen”, en su caso, y por qué es que dos integrantes de la tríada de situaciones de necesidad justificantes, esto es tanto la justificación por legítima defensa como por estado de necesidad defensivo, aparecen como estructuras regulares y cómodas dentro de un sistema penal liberal y el tercer integrante, el estado de necesidad agresivo justificante, basado en la idea de la solidaridad, no aparece *prima facie* necesario ni, mucho menos, cómodo en ese sistema.



### **Capítulo III. Legitimidad y espacio margen del estado de necesidad agresivo en un ordenamiento jurídico liberal.**

#### **1. ¿Es legítimo el estado de necesidad agresivo en un ordenamiento jurídico liberal?**

Hay unos mínimos que nos vinculan como seres humanos en sociedad. Hablamos de relaciones jurídicas interpersonales (*de alteridad*), porque no somos habitantes de islas remotas y en soledad como Robinson Crusoe (por lo menos hasta que apareció Viernes...). La convivencia social nos impone el deber (negativo) principal de no dañar al otro. Pero, conforme venimos diciendo, ese deber negativo tiene un fundamento positivo: el de “reconocerlo como otro igual” y el de respetarlo como persona (en su dignidad).<sup>291</sup> Y, por lo tanto, sí podemos y sí debemos validar y exigir cierta entrega a nuestros “colegas en la aventura vital” en la forma de deberes activos de *socorro* y de deberes pasivos de tolerancia. Esa entrega, sin embargo, sólo debe ser reconocida e impuesta de manera muy *excepcional*, *subsidiaria* y *muy restringida*, porque, evidentemente, compromete la autonomía individual, que es el principio nuclear y, puede que también, al principio de la dignidad de la persona humana. La entrega “de ese mínimo” será así moralmente exigible y también válida la ley que lo imponga. Pero ¿cuánto?

#### **2. El espacio margen para estado de necesidad agresivo en un sistema de libertades:**

El espacio margen para el estado de necesidad agresivo en el marco de un ordenamiento jurídico liberal basado en el respeto de la autonomía individual y de la dignidad de la persona humana y que considera también la necesidad de mantener el orden (*el statu quo ante*) como el mejor y el mayor aporte que los individuos podemos hacer al conjunto, será *bien reducido*. Para ponerlo claro: ***mínimo, subsidiario y del todo excepcional***. Trabajaré con dos ejemplos de Jakobs para mostrarlo:

---

<sup>291</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 47- 48.

Una persona debe apagar un incendio que se desató en su casa. Dice Jakobs, con absoluta razón y sentido, que “*cualquiera debe luchar contra el incendio en su casa empleando su propia agua antes de recurrir al agua de otro*”. Y su fundamento es el requisito de la necesidad propio de la eximente: “*si el salvador puede recurrir a bienes del ámbito jurídico del que se verá favorecido por la acción en estado de necesidad, ello prevalece sobre la intervención en bienes de terceros*”. Pero no nos dice por qué.

Y agrega, “*siempre que los bienes del favorecido no preponderen esencialmente, es decir, que no lleguen a convertirse, a su vez, en susceptibles de protección en estado de necesidad*”. Para ilustrar este último supuesto dice: “*nadie tiene por qué extinguir el fuego con el champán propio para evitar a otro la pérdida de un poco de agua*”.<sup>292</sup> Es decir que Jakobs, utilizando un criterio de estricta ponderación de bienes (utilitarista), habilitaría la injerencia en la esfera de libertad ajena (¡que no trata sólo de quitarle un poco de agua!) por razones de solidaridad. Yo, no.

El caso es de lo más interesante y, aunque no coincida con una parte de su solución, sí que valida claramente mi propuesta general. Vamos a ver. El sujeto amenazado por el peligro derivado de naturaleza (fuego) es *dominus del casus*. Lo que Jakobs dice es que debe solucionar su desgracia (su problema) a su propio costo y con sus propios medios y que una injerencia en la esfera de libertad ajena, pudiendo solventar la emergencia con sus propios recursos, no sería necesaria y, por ende, resultará injustificada. Estoy bien de acuerdo. “Hazte cargo de lo que te toca, resuélvelo tú, antes de recurrir a otro mediante una lesión cualquiera, significativa o no”. *Casus*.

Pero lo del champán... En primer lugar, es un mal ejemplo y, definitivamente, una mala idea si es que al desgraciado (en sentido estricto de la palabra, es decir de aquel “afectado por la desgracia”) pudiera ocurrírsele. ¡Es que no haría mas que empeorar las cosas! Por lo demás, *los males* a considerar en el juicio de ponderación, resultan bastante más complejos que la comparación relativa del valor de agua con agua o del champán *versus* el agua. Es primero, en efecto, *aquello que me tocó* y que debo asumir a mis expensas y a mi suerte *antes* de afectar un inocente. Es, además, “agua del otro”, “en la casa del otro”, a la que tengo que ingresar sin permiso para sacarla y llevármela. Es, por tanto, una violación al ámbito más sagrado de la intimidad y que recibe especial protección en la Constitución y en la ley (sólo puedo entrar a un domicilio con permiso del ocupante o con orden de un juez).

---

<sup>292</sup> JAKOBS, DPPG, 13/18.



Personalmente, si tengo fuego en mi casa y no tengo agua (difícil de creer...) guardaría mi champán y pediría el agua al vecino, no sin antes llamar a los bomberos... Y si mi vecino no me da el agua (porque me odia, o por lo que fuera), pues me tendré que buscar otro más comprensivo y/o menos odioso. No puedo ingresar en su casa “a saco” por el agua. Si se trata del único vecino, no me da una razón para la negativa, tampoco tengo agua en la calle, y los bomberos demoran mientras el fuego se extiende, acaso pueda utilizar una canilla de su terreno, pero externa a su casa. Y si nada de ello es posible, veremos. Pero en todo caso, el punto en Jakobs que más me interesa aquí está claro: lo que nos está diciendo, sin decirlo expresamente, es lo que yo aquí vengo a decir: el estado de necesidad agresivo es subsidiario al defensivo.

La cuestión aparece más clara todavía, en otro caso de Jakobs:

a) “Quien sufre la mordedura de un perro para curarse la herida ha de dirigirse, ante todo, al propietario del perro. Sólo cuando éste no tiene nada con que venderla, puede intervenir en la farmacia mas cercana”. Su argumento aquí, también referido al requisito de la necesidad (subsidiariedad), es que “*prevalece la intervención en los bienes del responsable del peligro, si es culpable (¡legítima defensa!) en general, y si no en el marco del estado de necesidad defensivo (es decir siempre que la intervención no sea ya desproporcionada en relación con las demás posibilidades de evitación)*”.<sup>293</sup> Sí, en efecto, el estado de necesidad defensivo es subsidiario a la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo al estado de necesidad defensivo (y, obviamente, también a la legítima defensa). Y la razón es que hay dos estructuras de necesidad que se fundamentan en el principio de la *responsabilidad* y otra que no.

Yo sería todavía más restrictivo que Jakobs en esta misma lógica: si el dueño del perro no me cura la herida o no tiene con qué curarla (y para buscar con qué curarla sí que puedo entrar a *su* casa sin su permiso, en tanto él es *responsable preferente* por el peligro), antes de pensar siquiera en dañar a un inocente, debería intentar con aquello que yo pueda conseguir para salvar aquello a lo que el destino me enfrentó. Por ejemplo, yendo a mi propia casa a curarla, o pidiendo a algún amigo que me ayude, o llamando a la ambulancia, o dirigiéndome a la salita de sanidad o al hospital o ... ¡pagando en la farmacia lo que haga falta pagar para curar esa herida antes de intentar el recurso de hurtar o de robar las cosas de la estantería! Son tantas *las alternativas de acción* previas a la lesión mediante injerencia en la esfera del

---

<sup>293</sup> JAKOBS, DPPG, 13/18.

inocente que prácticamente hacen *innecesario*, en cualquier caso, la opción excepcional de la injerencia lesiva (por lo menos en este contexto que el caso plantea, gente a la mano, farmacia, etc.). Por lo demás, como en el caso 7.2. (el de Miguel) tampoco resulta aconsejable ni en términos de mantenimiento del orden o de la paz social ni, mucho menos, de la seguridad personal, y ello porque la conducta del mordido, en principio (¡y también al final!), es antijurídica y puede ser repelida por el titular de la farmacia en legítima defensa (con una respuesta de entidad mayor), o por la policía, o por los vecinos que allí estén en defensa del farmacéutico inocente y afectado. Y, por último, si bien no existe responsabilidad por el peligro de parte del necesitado, sí que es mínimamente competente por ese peligro (es *casus* para él) y competente pleno por la situación de necesidad (que él mismo plantea en términos de conflicto). En cambio, el inocente es irresponsable e incompetente tanto por el peligro cuanto por la situación de necesidad.

## Capítulo IV. La regularidad de la legítima defensa y del estado necesidad defensivo. La “rareza y excepcionalidad” del estado de necesidad agresivo:

Un sistema de Derecho penal liberal no viene a *crear libertad*, sino sólo a reconocer y a asegurar la que ya existe.<sup>294</sup> El fundamento de toda responsabilidad penal, de todo deber penal es, primero, la *responsabilidad por la infracción del deber negativo* (*nemimen laedere*, de no interferencia, de no injerencia lesiva, de no dañar al otro). Y, luego, también la responsabilidad por la infracción de *deberes positivos especiales* (de apoyo, de fomento de la libertad ajena) de parte de sujetos que *tienen* ese deber básicamente porque “lo quieren” (desempeñan un rol institucional, por asunción o por propia voluntad o cumplen un deber legal que deriva, por lo general, en un acto de voluntad libre que lo precede –matrimonio, la condición de padre o madre-, etc.).

En cambio, la infracción de deberes positivos generales tanto de tolerar o de soportar como de ayuda o de fomento de esferas ajenas no está vinculada a la infracción de deberes (ni negativos ni positivos especiales asumidos voluntariamente) y, por tanto, es de muy dudosa necesidad para un sistema de libertad.

Conforme hemos examinado ya, son los deberes negativos (de respeto a la esfera de libertad ajena, de no injerencia) que se fundamentan en la idea de la libertad negativa, en la justicia y en los dos principios fundamentales para la libertad (autonomía y dignidad). Tienen un alcance general. *El deber de no dañar* nos vincula a todos. Puedo organizar mi vida como me plazca en tanto no dañe a otro a través de la configuración de mi propio ámbito de organización (*neminem laedere*).<sup>295</sup> Pero no puedo, ni debo, ampliar mi propio ámbito de

---

<sup>294</sup> En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS, PASTOR MUÑOZ, “Estudio Introductorio” a PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho Penal...*, 19.

<sup>295</sup> Ticio me advierte: “Alejandro: no olvides que el deber de no dañar es posterior al análisis de la justificación, no previo: **qui suo iure utitur neminem laedit...** El policía que golpea proporcionadamente al manifestante, le causa un daño, pero no lesiona su esfera jurídicamente garantizada. Otro ejemplo: si el Estado te expropia, te daña, pero no lesiona tu derecho. Tu derecho es a ser expropiado en los límites de lo necesario y previo pago del precio justo”.

Yo no lo veo así. Si el policía golpea justificadamente (legítimamente) al manifestante es porque éste previamente ha hecho algo (por ejemplo, manifestarse de una manera no permitida, con daño a otros) y debilitado o renunciado a la protección de su esfera jurídicamente garantizada (a su derecho a no ser molestado o dañado por otro). Lo mismo pasa con el agresor en legítima defensa. Tampoco creo que yo tenga un “derecho a ser expropiado de una manera justa”. El derecho constitucionalmente garantizado es a la propiedad, a tener y a conservar aquello que es mío. La expropiación constituye una verdadera -y muy seria-, anomalía. Sólo en circunstancias *muy excepcionales* y reunidas ciertas condiciones (declaración de utilidad pública, decisión expropiatoria por ley y previo pago del precio justo) se me priva de ese derecho a favor de otros; de la comunidad.

libertad “a costa” de inocentes (irresponsables e incompetentes por el peligro que amenaza), porque, con ello, no los respeto como personas y me niego a mí mismo esa condición.

De este modo, aquellas dos estructuras de necesidad nacidas de (y fundamentadas a partir de) la *infracción al principio de la responsabilidad de forma plena o preferente* (legítima defensa y estado de necesidad defensivo) aparecen como instituciones regulares y necesarias para cualquier orden jurídico. También, y fundamentalmente, para un orden jurídico liberal.

*Las instituciones penales nacidas de “deberes positivos especiales”* incorporan al deber general negativo (no dañar) deberes que sólo obligan en el marco de relaciones jurídicas bilaterales específicas que surgen de roles institucionales o de compromisos asumidos por el obligado al deber, pero siempre con base en su propia voluntad libre, en su autonomía (tienen fuente en la ley, en el contrato, en la conducta precedente, en la asunción). *La infracción de estos deberes positivos especiales también supone una violación al principio de responsabilidad* por los propios actos y su castigo se fundamenta en los mismos principios de justicia, de vulneración de la autonomía individual y de la dignidad de la persona humana. Pero en tanto somos nosotros mismos los que elegimos ser policías, bomberos, maridos o médicos, no suponen un desafío para un orden jurídico penal liberal, ni para su reconocimiento, ni para su punición en caso de infracción.<sup>296</sup>

En cambio, *aquellas instituciones penales nacidas de “deberes positivos generales”* (omisión de socorro, deber de tolerancia en situación de necesidad agresiva) suman al deber general negativo que ordinariamente nos vincula con el otro (no dañar) *otro* que no reconoce base en la justicia ni, de forma tan evidente, en el principio liberal de autonomía. Pero de hecho sí lo tienen.

En efecto, la libertad de organización implica *responsabilidad por organización*. Somos tan libres para lo que hacemos como responsables por aquello que hacemos. Y esa responsabilidad, ya lo decía Baldó tiene un *aspecto negativo* (el más importante y reconocido): no dañar al otro, *neminem laedere* y, también, un *aspecto positivo* bastante poco apreciado hasta ahora pero muy relevante. El del reconocimiento y respeto por el otro en tanto que es persona, es decir un ser dotado de dignidad.

---

<sup>296</sup> Ciertamente es que *puedo dejar de querer...* ser policía, médico, bombero o marido. No se trata de elecciones irreversibles y, por ende, dependen de mi propia autonomía.

Yo soy con el otro, vivo y me desarrollo junto a los otros y reconozco en ellos su dignidad de personas, tanto como la reconozco en mí. No reconocerla, negarla, pretender que “*el otro nada me importa*” no es algo, en términos de Kant, que yo pueda razonablemente “querer” como ley universal. Sencillamente, dice, *porque con ello pierdo la esperanza de que yo no “le importe” nunca a nadie...* Si el hombre existe como fin en sí mismo y debe ser reconocido como fin en sí mismo, ese hombre “soy yo” y también es “el otro”.

Pero claro, ese deber *no es de fomento o de mejora de la esfera ajena*. Es un deber excepcional, subsidiario y mínimo. Aparece en muy contados casos, cuando ya no existe otra alternativa y una persona está en un peligro real para aquellos aspectos que hacen a su autonomía relevante o a su dignidad como persona. Así, pareciera que aunque los liberales no extrañaríamos demasiado a estos “deberes positivos generales”, no podemos prescindir de ellos si es que la dignidad humana nos importa. Y por cierto que nos importa.<sup>297</sup>

La ayuda obligada en forma de hacer activo (de socorro en los términos del art. 108 del CPA) o de deber de tolerancia o de sacrificio (en los términos del 34.3. del CPA) tiene varias características que ameritan que se las limite. En ambos casos, la situación vincula de forma temporaria y en muchos casos casual<sup>298</sup>, a un *competente* por el peligro (en virtud del *casus*, “a él le tocó”) y a un completo inocente por él (a quien nada le tocó).<sup>299</sup> Y hasta puede

<sup>297</sup> Pawlik explica que, “para Kant, una comunidad de Derecho no es ninguna *unidad solidaria de necesitados*, sino una comunidad de autoprotección entre sujetos capaces de acción. Y que, en esa concepción sólo habría lugar para los deberes negativos que sirven al mantenimiento de las posiciones jurídicas de otras personas, posiciones que el agente se encuentra dadas, pero no para los deberes positivos, que tienden al ensachamiento de los espacios ajenos de esa libertad”. Pero reconoce que Kant no puede mantener esa comprensión en un ámbito tan estricto y que incluso admite grupos de casos en los que es jurídicamente debida una ampliación de los espacios de libertad de actuación ajenos, por ejemplo en los deberes de los padres con los hijos. (PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 95). Esos deberes positivos a los que se refiere Kant son deberes positivos especiales. Respecto de los generales creo que puede llegarse, de su mano, a la comprensión que propongo. La interpretación de Pawlik, sin embargo, es distinta. Dice “resulta que para Kant, en el Derecho lo relevante es algo más que el mero respeto a un *statu quo* preexistente. El verdadero contenido del deber fundamental del ciudadano asumido por Kant consiste en cooperar en la producción (y después en el mantenimiento) de un estado de libertades, no sólo en el papel, sino también real” (PAWLIK, op. cit., 96 y 97). Que es, de hecho la línea que Pawlik mismo sigue (ver supra Primera Parte, Capítulo II, 1.4.1.).

<sup>298</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 102: “Emergencias de carácter momentáneo”.

<sup>299</sup> No se trata, como hemos explicado, de una situación que vincula momentánea o circunstancialmente a dos personas en la misma posición jurídica. *Uno es competente* en virtud del *casus*, el otro (tercero llamado al auxilio necesario o tercero llamado al sacrificio) es siempre un *inocente*. Por ello es cierto que “los casos que nos ocupan se caracterizarían por que el hecho de que una pérdida de bienes afectaría a cada uno de forma *inmerecida*” (PAWLIK, 102), porque, en rigor, ninguno de los dos se *merece* nada. Pero, a mi juicio, de ello no resulta que la posición que ambos tienen, su vinculación con el peligro o con el conflicto, resulten, iguales ni, en absoluto, neutras o intrascendentes para la resolución de estos casos. ***Deben integrarse al juicio de ponderación***

ser que, en supuestos de obligación de socorro activo, el peligro sea *más que casus* para el necesitado del auxilio: es decir *que el mismo necesitado haya sido la causa del peligro* que lo amenaza (que lo haya causado en términos simplemente naturalísticos o, más, que le sea imputable objetivamente y hasta subjetivamente, en forma culposa: i. e.: el sujeto sale a nadar al mar sin ser un buen nadador y ahora... se está ahogando... O emprende la escalada a un cerro con un calzado defectuoso y ahora, agotado e incapaz ya de andar, corre peligro de pasar la noche a la intemperie entre las rocas y de pescar un fuerte resfriado).<sup>300</sup>

En mi propuesta, no es la solidaridad como principio el fundamento del aporte que se reclama en forma de acción, ni a la hora de sufrir o de soportar la injerencia del competente en mi propia esfera de libertad y de derechos. El principio es otro, y muy afín con la idea nuclear de los liberales: la autonomía y, por ende, también el reconocimiento del otro como una persona dotada de dignidad. Y es a partir de este principio (la dignidad) que podemos explicar “la idea de esa entrega mínima”, como mínimo deber social tanto para quien se enfrenta a un peligro, como para el inocente llamado al sacrificio.

Claro que, ni el auxilio exigido en estructuras de deber de socorro ni el deber de tolerancia o de sacrificio en situación de estado de necesidad agresivo, pueden tener un alcance o una amplitud más que mínima. Esto es, deben respetar mi autonomía individual en lo que hace al derecho a ser considerado, protegido y cuidado para que pueda conducir mi vida de manera libre y responsable. Es decir debe significar un aporte o un sacrificio que no comprometa mi autonomía en una forma que pueda resultar *de algún modo (mínimamente) relevante*, para mi propio plan de vida. Y la exigencia, positiva o pasiva, debe respetar mi propia dignidad, es decir no significar un reclamo de *aportes supererogatorios o que yo no*

---

*de males*. Pawlik justifica la descarga del asunto (del mal, del peligro) en el inocente, a partir de la idea de co-responsabilidad del ciudadano. La necesidad y la ausencia del Estado impone “tal relocalización (en cabeza del inocente) de carácter momentáneo.” Mi propuesta es distinta.

<sup>300</sup> El caso es real y autoreferente. Y el riesgo no era, sólo el de pescar un resfriado, sino bastante más grave. Estábamos cinco amigos en descenso de un cerro de unos 3000 metros en Salta y ya caía la noche. No había lugar para pasar la noche en esa pared de rocas en pronunciado desnivel. Yo estaba agotado, y algo desconcertado, como consecuencia de la altura y del cansancio. La bajada era peligrosa, resbalaba con mis zapatillas comunes para caminar y podía despeñarme en cualquier momento. ¿Podía sacarle las zapatillas a uno, más entero que yo, para subsistir? La respuesta es que no. Podía pedir o hasta exigir bajo coacción a uno de mis compañeros que me entregara los zapatos de escalada de reserva (suponiendo que alguno llevara un par en su mochila)? La respuesta es que sí. El riesgo al que estaba expuesto era máximo y la entrega que se exigía muy menor y no comprometía en nada la dignidad del otro. Fuimos rescatados, ya al límite de nuestras fuerzas por un baqueano que salió a buscarnos.

*esté dispuesto a tolerar*. Y no por egoísmo, por mera comodidad o por pereza, sino por respeto a mi propia dignidad. Kant, como veremos, acepta y alienta estas actitudes positivas frente a los otros, pero “en la medida de lo posible”. Y la medida de lo posible, en términos de un liberal, es la medida de aquello que uno no puede resignar: espacios de autonomía personal mínimamente relevantes (que ya afecten u obstaculicen de alguna manera su propio plan de vida, aunque ese plan no merezca nuestra aprobación y que no puedan ser considerados meros caprichos o tonterías) y, claro, su dignidad.

Así, la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo se presentan como instituciones regulares (imprescindibles en cualquier sistema) porque se basan en el principio de la autonomía y su corolario o derivado principal: *el principio de responsabilidad por el propio acto organizador que origina peligros para otros*. Si creas un peligro para otro, si amenazas causarle o le causas un daño violando así tu deber principal negativo (de no injerencia en la esfera ajena), debes asumir sus consecuencias. La libertad supone, siempre, responsabilidad.

En cambio, el estado de necesidad agresivo es una institución excepcional e irregular<sup>301</sup>, y tampoco aparece como una institución necesaria de un ordenamiento jurídico liberal. En términos de Pawlik, “*su no existencia no es ningún pecado contra la libertad*”.<sup>302</sup>

Pero ¿por qué es que tanto su reconocimiento como su opuesto, es decir su desconocimiento, no constituyen pecado alguno contra el espíritu de la libertad? Pues porque no se trata de institutos indispensables en un sistema liberal basado fundamentalmente en la idea de la autonomía y, por tanto en la idea básica de la responsabilidad. Su desconocimiento (o su no reconocimiento) no se extrañará. Su reconocimiento *no será un pecado contra la libertad* en tanto se respeten los principios de la libertad (autonomía y dignidad) y se impongan ambos deberes no en razón de la fofa idea de *la solidaridad* sino en razón de uno de los principios liminares del pensamiento liberal: el reconocimiento de la persona humana como un ser dotado de dignidad.

---

<sup>301</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 510.

<sup>302</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal...*, 103. Dice Pawlik en este importante párrafo: “La prohibición de la omisión del socorro debido y la facultad de injerencias en estado de necesidad agresivo justificante, no pertenecen al sustrato básico irrenunciable de un ordenamiento jurídico penal moderno. Ahora bien, el reconocimiento de estos institutos jurídicos, cuando se concede al sujeto obligado al sacrificio una pretensión de resarcimiento frente a la comunidad en Derecho, no constituye, como tampoco su no reconocimiento, *pecado alguno contra el espíritu de la libertad*”. (Destacado mío).

Como enseguida veremos<sup>303</sup>, Mill habla de “actos positivos que pueden ser mandados para beneficio de otros”, y da varios ejemplos. El primero es “el deber de dar testimonio ante un tribunal”. Y eso no tiene nada que ver con la solidaridad, sino con nuestro deber para con la administración de justicia, con que el otro consiga aquello que merece le sea reconocido. El segundo, “participar de manera equitativa en la defensa común” tampoco tiene que ver con la solidaridad, sino con el deber del ciudadano de armarse en defensa de su patria. Y hasta de dar la vida por ella. Es un deber que lo vincula con la defensa y la preservación de su Estado, de la sociedad en la que vive ante el ataque o la amenaza enemiga. Un hombre no puede renunciar a él porque estaría renunciando a su propia supervivencia en la sociedad que integra y que comparte.

Luego habla Mill, de que se lo podría hacer responsable ante la sociedad por no realizar ciertos actos de beneficencia individual, como salvar la vida de un semejante o proteger a un indefenso frente a un abuso. Y eso puede leerse como deberes pero no de solidaridad, sino como creo, porque así lo dice, “*como actos que constituyen el deber de todo hombre*”. ¿Y por qué constituyen el deber de todo hombre? Mill no lo dice aquí, pero sí en otro lado, y claramente se refiere al deber de reconocimiento y de respeto que entre los hombres nos debemos, que no sólo se limita al reconocimiento de ese espacio de reserva individual inviolable, sino también a los actos de justicia, al reconocimiento del débil, del otro como persona.<sup>304</sup>

Por su parte, Kant nos dice que el destino de la razón tiene que ser producir una voluntad buena y *digna* en sí misma. Sin propósito ulterior. Que así no sólo nos haremos felices sino, fundamentalmente, *dignos* de ser felices. Y en la ayuda al prójimo, en ese amor que se da no por sentimiento o por inclinación, sino por deber, porque es lo mandado, lo que corresponde hacer, reconocemos al otro como un semejante, como un igual, y respetamos la ley moral. Y, de paso, nos hacemos y reconocemos como “buenas personas” que es lo que

---

<sup>303</sup> Véase *infra* Tercera Parte, Capítulo VII, en donde trato, con algún detalle, a Mill y a Kant. Omito las referencias aquí para no repetirme.

<sup>304</sup> Dice Mill en *El Utilitarismo...*: “La idea que tenemos, por consiguiente, de que podemos exigir a nuestros semejantes que nos ayuden a asegurarnos el propio subsuelo de nuestra existencia, genera sentimientos en torno a ella de una intensidad tan superior a la que se da en cualquiera de los demás casos más frecuentes de utilidad ... Los sentimientos afectados son tan fuertes, y necesitamos tanto encontrar la adhesión de los demás (por estar todos interesados por igual en ello), que el deber compulsivo (*ought*) o prudencial (*should*) deviene deber moral (*must*), de suerte que la indispensabilidad reconocida se convierte en una necesidad moral, análoga a la física, y con frecuencia no inferior a aquélla en fuerza vinculante” (MILL, John Stuart, *El utilitarismo, un sistema de la lógica (Libro VI, capítulo XII)*, Introducción, traducción y notas de Esperanza Guisán, Alianza, Madrid, 2007, 124)



mis inspiradores, Mill y Kant, en el fondo buscan cuando de “deberes del hombre” habla uno (Mill) y de “voluntad buena” el otro (Kant).<sup>305</sup>

Para obrar conforme la ley natural universal, para obrar bien y dignamente, no puedo hacerlo por lo que dicta el contexto, por simple conmiseración, o por repentina inquietud. La máxima que debe guiar mi acción es que pueda yo querer siempre que aquello que hago sea ley universal. Y eso es reconocer y respetar al otro en su dignidad. El hombre es un fin en sí mismo y es “objeto de respeto”, dice Kant. Y ello es respecto de todo hombre, de toda persona en tanto fin en sí mismo. La nacida y la por nacer, el joven y el anciano, aquel que está en la plenitud de sus facultades físicas y cognitivas y aquel que presenta alguna limitación en unas o en las otras.

Por su parte, Pawlik nos habla de las “competencias de respeto” de todo ciudadano en sus relaciones recíprocas. Debemos poder confiar, dice, en que la integridad de nuestra esfera jurídica sea respetada por los demás. Eso sería una formulación negativa de las competencias de respeto.<sup>306</sup> Pero podemos también intentar una formulación positiva de esa competencia con base en la idea de la dignidad. Puedo conducir mi propia vida libre de las injerencias ajenas (porque los demás me deben el mismo respeto que yo les reconozco), pero debo hacerlo también considerando al otro como persona dotado de dignidad y, por ende, colaborar con él en tanto es un ser digno, y en la medida de mis posibilidades.<sup>307</sup>

De todos modos, tanto unos como otros *deberes*, serán excepcionales y de aplicación muy limitada. Como me propongo dejar bien claro aquí.

---

<sup>305</sup> Así, en el ejemplo del deber de testimoniar ante un Tribunal, a la pretensión de justicia general, se suma también nuestro propio interés de que el otro obtenga lo que merece porque, en términos de Mill eso es lo que se espera de un “buen hombre” y, en términos de Kant, de una “voluntad buena”. Si no es así, posiblemente no obtendré aquello que merezco cuando me toque someterme a la justicia.

<sup>306</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal...*, 86 y 87.

<sup>307</sup> En efecto, es obligado “todo” lo que requiera la dignidad del prójimo y a ti te sea posible y no comprometa o afecte tu propia dignidad. Por ejemplo: es de noche, en invierno: ¿tienen derecho de necesidad una madre y su hijo pequeño, a entrar en tu segunda residencia vacía para no dormir a la intemperie? La respuesta es que sí.



## **Tercera Parte**

### **Primera delimitación de las situaciones de necesidad. Y ¿de qué libertad hablamos?**

Intentaré empezar a dar respuesta a algunos de los problemas que enfrentamos, a partir de la *tripartición* ya clásica (desde Baldó) de las situaciones de necesidad, distinguiéndolas sobre la base del origen del peligro que amenaza y de la relación o del vínculo de los sujetos con ese peligro e introduciendo en esa distinción algunos cambios que considero relevantes. Luego diré desde dónde es que hablo, es decir qué tipo de liberal soy. Presentaré seguidamente a los dos referentes del ideario liberal que reflejan más acabadamente tanto mis intuiciones como mis pretensiones: John Stuart Mill e Immanuel Kant. Posteriormente, me referiré a la axiología que ilumina mi propuesta. Hablaré del principio nuclear que debe regir, en mi opinión, las situaciones de necesidad defensivas y agresivas (el principio de autonomía individual) y de su derivado (el principio de *responsabilidad*, en las tres manifestaciones ya apuntadas conforme la propuesta de Baldó) y del principio de la *dignidad* de la persona humana que, en mi propuesta, desplaza a la idea de solidaridad y es, a la vez, limitador de la autonomía. Finalmente, diré por qué es que creo que nuestro ordenamiento jurídico es esencialmente liberal.



## Capítulo V. Incumbencia por el origen del peligro y dirección de la acción de salvaguarda.

Toda situación de necesidad, explica Baldó, es una *situación de conflicto* que el sistema normativo está llamado a resolver, y en la que la salvaguarda de intereses individuales *requiere* poner en peligro en forma jurídico-penalmente relevante otros intereses individuales.<sup>308</sup> ¿Y cómo es que lo resuelve? Pues otorgando derechos a unos e imponiendo deberes correlativos a otros. Es decir, reconociendo un *derecho* (el **derecho de salvaguarda** es decir *el derecho de “salvarme de ese peligro a costa de otro”*, **mediante la injerencia** en la esfera de libertad o de derechos de ese otro) e imponiendo a la víctima de la injerencia salvadora *un deber* (el **deber de tolerancia o de sacrificio** de la lesión penalmente relevante de parte del titular del derecho amenazado).<sup>309</sup>

En efecto, la acción de salvaguarda propia o ajena que resuelve la situación de necesidad y que pone en peligro de manera típicamente relevante intereses jurídico-penalmente protegidos se manifiesta en el mundo, dice Baldó, como una *actio dúplex*. Esto es, en forma de una acción que reviste tanto un aspecto de salvaguarda (para el sujeto en peligro) como también un aspecto agresivo de intereses de terceros.<sup>310</sup>

Tradicionalmente la clasificación de las situaciones de necesidad justificantes sólo reconocía a la legítima defensa y al estado de necesidad justificante (*clasificación bipartita*). Baldó propuso una *clasificación tripartita de las situaciones de necesidad individuales* integrada por tres estructuras troncales: el estado de necesidad defensivo; el estado de necesidad agresivo y la legítima defensa (o defensa necesaria) que compartimos.<sup>311</sup>

Partió, para ello, del principio de la autonomía individual: “del grado en el que el sujeto afectado por una eventual acción de salvaguarda ajena –correlativa de una facultad o de un deber- haya cuestionado el principio de responsabilidad por el propio comportamiento

---

<sup>308</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 17.

<sup>309</sup> BALDÓ, *op. cit.*, 17 y 18. Así, el Derecho: a) otorga, o no, al agente una causa de justificación (un permiso) que lo legitima a emprender esa acción de salvaguarda típicamente relevante; b) impone, o no, a alguno el deber de soportar esa acción de salvaguarda (negándole una legítima reacción contra ella); c) impone, o no, a terceros auxiliadores un deber de salvaguarda ajena que puede acarrear riesgos para ellos mismos o para otros ó, finalmente, d) otorga, o no, una causa de exculpación. MAURACH, *Tratado...*, I. 358: “toda causa de justificación, en un principio, confiere al autor un derecho a un actuar típico”.

<sup>310</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 17 y 35, nota 8.

<sup>311</sup> BALDÓ, *op. cit.*, 20.

organizador”. “Ello es lo que determina la clase de competencia que, por la fuente de peligro que origina la situación de necesidad, posee el sujeto cuyos intereses se ven afectados por una eventual acción de salvaguarda ajena” y, justifica o fundamenta, a la vez, la tripartición que propone.<sup>312</sup>

Yo seguiré, por cierto, la clasificación de Baldó y partiré del mismo principio. Pero agregaré dos elementos al análisis de esa situación de necesidad que valoro importantes: se trata de:

a) *la decisión del necesitado de plantear o de no plantear el conflicto* (es, resulta importante recordarlo, quien convierte al peligro en una situación de necesidad, es decir **quien la tematiza como conflicto**) y;

b) *la dirección que el propio necesitado da a su respuesta*. Esto es, hacia dónde (o hacia quién o hacia qué) dirige el necesitado (decide libremente dirigir) su acción de salvaguarda. Es que acaso resulte deseable, si el orden y la paz queremos conservar, que, sencillamente, no plantee ese conflicto. O, por ejemplo, que lo haga en términos de estado de necesidad defensivo *antes* que agresivo. A ello voy con un esquema inicial y que luego desarrollaré.

### **1. El origen (la fuente) del peligro que amenaza.**

El peligro (mal que amenaza) que origina una situación de necesidad puede tener distintas fuentes pero, básicamente, podemos distinguir dos grupos de situaciones: i) aquellos peligros que se originan o que provienen de “la naturaleza”, esto es, de eventos, manifestaciones o fenómenos naturales o animales y; ii) aquellos peligros que se originan en las personas, es decir en sujetos que de algún modo resultan “responsables” por ese peligro o, a

---

<sup>312</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 22. Muy discutido. A favor de incluir la fuente u origen del peligro en el juicio de ponderación, entre otros, Otto: “...debe tenerse en cuenta, particularmente, de quién proviene el peligro, si fue creado antijurídicamente o de modo conforme a Derecho, y si quien actúa en estado de necesidad ha causado culpablemente el peligro” (OTTO, *Manual de Derecho Penal...*, 221). En contra de cualquier consideración sobre el origen del peligro, entre otros, BOCKELMANN/VOLK: “no importa para la situación de necesidad, de dónde viene el peligro (en especial, no es necesario que él se haya originado, por ejemplo, en un comportamiento antijurídico). El origen del peligro es relevante (tan sólo) para la cuestión relativa a lo que se está autorizado a hacer para repelerlo: en el estado de necesidad agresivo, se interviene en los bienes jurídicos de un tercero; y en el estado de necesidad defensivo, el bien perjudicado es menos digno de protección, precisamente porque él representa la fuente del peligro” (BOCKELMANN, Paul-VOLK, Klaus, *Derecho Penal, Parte General*, Grupo Editorial Jurídica Legales. Lima, 2020, 209). A ello digo: ¡Por ello mismo, sí que resulta relevante!

lo menos, “competentes” por él.<sup>313</sup> Frente a ese peligro que lo amenaza, el sujeto tiene tres opciones: a) *puede elegir no hacer nada* (es decir que el mal que se anuncia se concrete afectando su esfera de intereses -bienes, derechos-); b) puede elegir *reaccionar defensivamente* contra la fuerza del peligro (defenderse de ese mal) o; c) puede elegir *accionar contra* un tercero para escapar, de ese modo, al peligro.

**Del lado de la generación del peligro**, tendremos o bien pura “*naturaleza*” (evento natural, manifestación animal, *actio homini*) o a una persona que resulta de algún modo responsable por el peligro. Aquí el principio operativo de segundo nivel más relevante será el

<sup>313</sup> Se trata de aquellos a los que el peligro *les viene* sin que sean responsables por él. De un sujeto que ha sido, primero, “señalado” por el destino para asumir ciertas consecuencias que pueden tener relevancia normativa. Pero que, después, “toma una decisión libre” respecto de qué es lo que va a hacer, cómo va a gestionar *eso que le tocó*. Y con ello, o en virtud de ello, se convierte en “competente” por la situación de necesidad y en responsable pleno del daño que su acción típica irroga a la esfera de libertad del inocente y que, veremos, si resulta o no justificada.

Soy bien consciente de que la palabra “competente” tiene ya una fuerte tradición, fundamentalmente a partir de Jakobs, que la utiliza, según creo, con dos sentidos: *competente para ser culpable* y *competente por organización*. En el primero de los sentidos, *competente para ser culpable*, porque la culpabilidad es, en Jakobs, *falta de fidelidad al Derecho* y, por tanto, sólo pueden ser culpables aquellas personas competentes, en tanto capaces de cuestionar el Derecho. El *no culpable es un sujeto incapaz de comunicar fidelidad o infidelidad al Derecho*. La segunda de las acepciones que utiliza Jakobs, la de *competente por organización*, evoca a un *sujeto que organiza su vida de manera que puede o no acarrear riesgos para otros (injerencia)*. En ninguna de estas dos acepciones está la idea que pretendo transmitir. El competente por organización es aquel a quien, por lo menos, podemos imputarle objetivamente el evento *como cosa suya* (la acción resulta objetivamente imputable a su propia esfera de libertad). Y, en los supuestos de *casus* el sujeto no hizo nada tal que merezca que le “imputemos” lo que le pasa. Simplemente “le cae, le viene”. La desgracia, el azar, la mala suerte, es heterónoma no autónoma. Viene de fuera, no de algo que el sujeto *hace* sino, como repetía mi maestro argentino, Juan José Ávila, de algo que “*le pasa*”. No es producto de su libertad. Por ello decidí llamarlo, primero (cuando el *casus*, el peligro la desgracia lo elige a él) “señalado” (también “llamado en primer término para hacerse cargo del peligro” o “llamado preferente”, pueden resultar opciones aceptables). Pero, en todo caso, y esto es lo importante, el *competente mínimo*, el “señalado”, “llamado preferente” “el indicado” ó el “designado por el destino o por la suerte”, **tiene o exhibe ya por esa condición, una situación material y jurídica distinta a la del inocente**. Y, en especial, inmediatamente **después cuando decide cómo gestionar aquello que le tocó, exhibe un status muy distinto al inocente**, a quien ningún destino señaló en el caso o en esa situación concreta. Ahora ya el “señalado” toma una decisión y una decisión libre: la decisión de plantear el conflicto (es que, podría no hacerlo). Se convierte, con ello, en *competente pleno* por la situación de necesidad (por la situación de conflicto). Y si su decisión es la de accionar contra un inocente esa decisión lo hace (también) responsable por la situación de peligro (no por el peligro inicial, insisto) *vis a vis* el inocente. Y es por ello que lo tenemos allí, muy preocupado, esperando la decisión de un Juez que valide su acción como conforme a derecho, o la declare injusta.

Si me preguntaran si la condición o el *status* de “señalado” por el peligro, primero, y de competente por la situación de necesidad después, *es capaz de expresar sentido y en su caso cuál*. Diré que sí, que expresa sentido. Y es el siguiente: “*soy el titular de la desgracia, me ha tocado a mí y, por tanto, es a mí a quien corresponde resolver la situación en la que el destino me coloca. Veré cómo lo resuelvo. No puedo, en principio, salvo muy buenas razones, andar repartiéndola por allí. Si existiera algún responsable por la desgracia que me toca, es a él a quien tengo que acudir primero, para que lo resuelva o para que responda por ella. Si no puedo o el responsable no existe o no está, y no puedo hacer otra cosa que afectar típicamente a un inocente, debo asegurarme de cumplir ciertas condiciones que desactiven el fuerte deber que me vincula con los demás: el neminem laedere. Si no existen esas condiciones no tendré el derecho de salvarme a su costa*”. Es un *sentido*, por lo demás, que tiene una larga tradición jurídica, como a su turno veremos.

segundo: *libertad de organización/responsabilidad por los actos propios que derivan de esa organización.*

**Del lado del sujeto amenazado por el peligro** no tendremos a un responsable por él, ¡pero tampoco a un absoluto extraño a él! Es el sujeto a quien el destino, el azar, ha señalado o elegido inicialmente para el sacrificio (“el señalado”). Y será él mismo quien, mediante su propia y libre decisión, elegirá uno de los tres caminos o alternativas posibles: resignarse y aceptar ese destino, enfrentarlo en forma de reacción (hacia la fuente del peligro) o, finalmente, *socializarlo o repartirlo a otro/s* en forma de acción (de agresión a un tercero inocente). Y cuando decida algo distinto a la simple resignación, *cuando actúe reaccionando* contra la fuente de peligro *o accionando* hacia la esfera de libertad de un inocente (es decir cuando convierta “peligro que lo amenaza” en “conflicto”), el necesitado ya no será sólo un “señalado” por el azar o por el destino (un sujeto mínimamente competente). Ese acto de voluntad *calificará su vínculo con el peligro que lo amenaza*. Será ahora un *competente pleno por la situación de necesidad* (y un *responsable pleno* del daño que irroga al inocente).

Así, la distinción entre la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo y entre éste y el agresivo, se fundamenta, por un lado, en los ***distintos grados de incumbencia*** (más específicamente, en el grado de responsabilidad o de competencia) de quien ha generado la situación de necesidad<sup>314</sup> ***y, asimismo, en la dirección que el mismo necesitado*** (que es quien transforma ese peligro que amenaza en conflicto, es decir quien hace nacer la situación de necesidad) ***decide e imprime a su acción de salvamento.***<sup>315</sup>

Dicho esto, procede señalar que esa *incumbencia por el peligro puede ser fuerte, media o débil*. No da lo mismo, no da igual, que yo genere un peligro para la esfera de libertad de otro con dolo que con culpa o, a lo menos, como consecuencia de una conducta que es imputable objetivamente a mi propia esfera de acción (“que es cosa mía”, y no de la “naturaleza” o “de otro”). La responsabilidad por ese peligro, derivada de la propia autonomía

<sup>314</sup> Así, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 53-61. Crítico con Baldó, pero en este punto coincidente, PALERMO, Omar, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006, 286: “que la distinción entre el estado de necesidad y la legítima defensa se fundamenta en los distintos grados de incumbencia de quien ha generado la situación de necesidad, es algo que aquí se comparte plenamente”. También por considerar a la responsabilidad como el fundamento esencial de la distinción.

<sup>315</sup> Diferencia con Baldó, que sólo considera el primer aspecto.



individual y del principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador originador de riesgos para terceros que de él deriva, señalará una *magnitud distinta de vinculación con el peligro* y habilitará también (por ello) una respuesta distinta, en la medida del peligro que se crea. Y tampoco es, ni da lo mismo, que el peligro sin responsable detrás (mera manifestación animal o evento natural) me haya tocado a mí que a mi vecino. De nuevo, el principio nuclear de la autonomía individual y su derivado, el *principio de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas* -a terceros- señalará una condición, un *status*, distinto para aquel a quien ese peligro (desgracia, accidente, destino, mala suerte) le ha tocado, y para el completo y absoluto extraño a él (el tercero inocente).

Cualquiera de los dos primeros grados de incumbencia por el peligro hacen nacer *responsabilidad (fuerte o media) por ese peligro*. En cambio, de la incumbencia mínima o débil por el peligro no nace responsabilidad, pero sí *competencia* por él. Y la decisión que toma el necesitado, por una acción defensiva o agresiva hace nacer *competencia plena por la situación de necesidad*, que no es imputable a otro más que a él mismo.<sup>316</sup>

*Será esa relación, serán esos grados de incumbencia del sujeto por/con el peligro (si como responsable o si -sólo- como competente), y también la decisión del necesitado a la hora de gestionar ese peligro que lo amenaza, aquello que señale:*

- En primer lugar, **quién** es el sujeto que resulta jurídicamente *indicado para cargar con los costes* de ese peligro. Bien en su condición de *responsable* por él (principio de responsabilidad) y por tanto aquel *indicado para soportar* las consecuencias que supone el mal uso de su libertad generadora de peligros para terceros. O bien, en los supuestos en los que no existe un *responsable* por el peligro -peligro originado en la naturaleza o con responsable no identificable o disponible-, aquel *preferentemente indicado* para soportarlo (para asumir los costes o los sacrificios que de ese peligro derivan). Todo indica, que debería ser, en ausencia de un mejor candidato, el *competente pleno* por la situación de necesidad, es decir el mismo necesitado, antes que el absoluto inocente por el peligro y por la situación de necesidad. De nuevo, porque al necesitado le tocó, y al inocente nada le tocó.

---

<sup>316</sup> Distinto, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 134. El autor distingue grados de competencia plena, preferente y de no competencia por el peligro que hacen nacer, respectivamente, las situaciones de necesidad de legítima defensa, estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo. Aquí, se prefiere distinguir respecto de los sujetos involucrados y de su vínculo con el peligro entre *responsabilidad* (para los dos primeros casos, plena y preferente), *competencia mínima* (por el peligro) y *competencia plena* (por la situación de necesidad) para el necesitado e *irresponsable e incompetente* cuando nos referimos al *inocente*. Y se sostiene que *el contexto de justificación* lo fija o determina la actuación previa del responsable por el peligro, pero la situación de necesidad (si defensiva o agresiva) es atribuible exclusivamente a la decisión del necesitado.

- En segundo lugar, esa relación con el peligro, ese grado de incumbencia por el peligro, señalará *cuál es la medida del derecho de salvaguarda*. Es decir, cuál es el contenido, el alcance y la intensidad que ese *derecho* que el orden jurídico reconoce en el necesitado, en forma de reacción (hacia la fuente del peligro) o de acción (hacia un tercero extraño por el peligro) y, por ende, la injerencia en la esfera de libertad ajena) pueden tener, y;

- Por último, pero no menos importante, en tercer lugar, *cuál es la medida del deber de tolerancia -del deber de sacrificio-* cuál es el contenido, el alcance y la intensidad que el orden jurídico impone al sujeto que resulta afectado por la acción de salvaguarda emprendida por el necesitado. Es decir cuál es el deber correlativo al derecho reconocido, al que queda sujeto el llamado al sacrificio.

Aunque me ocuparé de estos peligros con detalle más adelante<sup>317</sup>, corresponde aquí, al sólo efecto de la delimitación de las tres situaciones de necesidad que intento (con estos dos agregados que he explicado y que vengo introduciendo), una clasificación inicial:

**1.1. Peligros originados en la “naturaleza”:** El catálogo es muy amplio. Hablamos de peligros provenientes de los *elementos naturales* - fuego, viento, terremoto, lluvia, tempestad etc.-; de los *animales* - perros, o de cualquier otro animal-; de la *enfermedad* – tuberculosis, asma, toxicosis, etc.-; de *necesidades fisiológicas* o de *fenómenos natural-fisiológicos* – el hambre, la sed, las necesidades de evacuación, pruritos, calambres, hipo, vómitos, temblor, fiebre, sudor -; de *trances angustiosos* o de *temores incoercibles* – la miseria, el dolor y el miedo, por ejemplo-;

### **1.2. Peligros con origen en una persona. *Distinción.***

Como vimos, el peligro (mal que amenaza) puede reconocer su origen en una persona y, por lo tanto, la primera distinción que corresponde hacer se refiere al grado de relación, de vinculación, de compromiso que tiene esa persona con el peligro. Es decir, determinar si ese sujeto resulta (o no) *responsable* por él, y en *qué medida lo es*; o si no resulta responsable pero sí *competente* por él o, finalmente, si se trata de alguien que no tiene que ver con el peligro ni con la transformación del peligro en conflicto. Esto es un *inocente*, un absoluto extraño, *irresponsable* e *incompetente* tanto por el peligro cuanto por la situación de necesidad.<sup>318</sup> Vamos a ello.

---

<sup>317</sup> Véase *infra*, Quinta Parte, Capítulo XVI, punto 2.1.2.1.

<sup>318</sup> Como se verá, la clasificación que propongo difiere, apenas (más bien en los nombres), de la de Baldó y de la de Silva Sánchez. Pero me parece una diferencia necesaria. Considero importante distinguir a los sujetos que

## 2. Sujetos *responsables* por el peligro (responsables plenos y responsables preferentes).

El primero de los grupos, está integrado por las situaciones en las que *existe un responsable* por el peligro que amenaza. Y puede que se trate de un responsable en sentido “fuerte”, o de uno en sentido “medio”. Según sea uno o el otro caso, estaremos frente a dos estructuras o a dos situaciones de necesidad justificantes distintas: la de *legítima defensa* y (su pariente cercana), la de *estado de necesidad defensivo*.

En ambos supuestos tenemos *a un sujeto que no tiene o que no exhibe ningún derecho (“no tiene derecho”) y que cuestiona la esfera de libertad de aquel que sí porta, que tiene o que exhibe un derecho (el del sujeto a quien pone en peligro: el necesitado)*. Ese derecho se origina en (y es la contracara de) el deber negativo (principalísimo) en una relación jurídica interpersonal: “no me dañes” (principio del *nemimen laedere*).

En ambos supuestos, el generador del peligro revela y expresa con su comportamiento<sup>319</sup>, un defecto de organización que lo hace merecedor de o “*responsable*

---

resultan *responsables* por el peligro porque les es objetivamente imputable y también subjetivamente, a título de dolo o de culpa-, de aquellos que *no responsables* por él (es decir que no lo generan en ninguno de esos sentidos, ni de manera a lo menos objetivamente imputable, ni subjetivamente en ninguna de las dos formas posibles) *pero que sí están vinculados* de algún modo con el peligro. Y no sólo están *naturalísticamente* vinculados a él (porque a ellos “les tocó”) sino también *jurídicamente vinculados* (existe un principio de derecho que los hace *competentes* por el peligro si es que no existe alguien a quien pueda cargársele *responsabilidad* por él; el principio del *casum sentit dominus*). Todo responsable por el peligro es, por cierto, competente por él. Pero no todo competente por el peligro es responsable por él. Llamaré entonces al sujeto que “no es responsable” por el peligro pero que resulta *dominus* del *casus*, sujeto *competente* por el peligro. Y a quien no tiene ni responsabilidad ni competencia por el peligro, es decir al *tercero extraño o incompetente* por el peligro, *inocente*. Si sólo se tratase de una diferencia terminológica, no merecería la pena, mucho menos, para distinguirme de la opinión de Silva Sánchez y de Baldó y de otros prestigiosos penalistas. Pero no la considero innecesaria ni trivial: el creador imprudente de una situación de peligro (“preferentemente competente” para Baldó o “competente medio” para Silva) es “algo más” que competente por el peligro en relación al necesitado a quien, merced a su acción imprudente cuestiona en su libertad. Es responsable de esa situación, lo es *menos*, o en menor medida, que el responsable pleno, pero responsable al fin. Y, por cierto que es “mucho más” que un simple competente respecto de un tercero inocente, que ni responsabilidad ni competencia alguna tiene respecto del peligro que a otro afecta. Y si miramos al necesitado, no será “responsable” por el peligro, pero tampoco es un extraño a la situación de necesidad. Es competente por el peligro, esto es, bastante más que el tercero extraño (inocente) absoluto irresponsable y también incompetente y contra el que, acaso (si así lo decide), la empresa con dolo directo.

<sup>319</sup> Todas las acciones humanas son, de algún modo, “expresiones de sentido”. Lo que a los penalistas nos interesa es qué expresan esas acciones frente a los demás y, fundamentalmente, frente al Derecho. A la hora de definir ya el elemento estructural y básico de “la acción” en la teoría del delito, debemos introducir esa manifestación de sentido. Así lo hice, hace mucho, en FREELAND, Alejandro, “Acción en sentido penal y movimientos anormales (con especial referencia a los tics nerviosos y al síndrome de Gilles de la Tourette”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2006-1, 45 a 58, y en *Derecho Penal Contemporáneo, Revista internacional*, Legis, N° 23 (abril-junio 2008), 35/68. Definí entonces *acción* como: “*manifestación evitable, suficientemente expresiva de sentido de conformidad o disconformidad normativa*”. El permiso legal también es

por” la respuesta que recibe de parte de aquél a quien con su conducta puso en peligro. Aquel a cuya esfera de libertad, sin derecho, afectó.<sup>320</sup>

Lo que distingue a ambos supuestos es la intensidad de esa relación o de ese vínculo con el peligro (*el grado de incumbencia por el peligro*), del que derivará y/o que fundamentará el grado de imputación por ese peligro. Si la incumbencia del sujeto por el peligro es fuerte será, o lo llamaremos, **sujeto responsable pleno por el peligro**. Si su competencia por el peligro es media, **sujeto responsable preferente por el peligro**.

**Así, en el caso de la legítima defensa**, lo que ordena primariamente (define y fija, ya entonces desde el inicio) la relación interpersonal entre el agresor y el agredido, no es otra cosa que la acción del responsable por el peligro que, *con una máxima intensidad* (merced a una conducta objetivamente imputable a su esfera de acción a título doloso, es decir con *responsabilidad plena*) viola su deber negativo de respeto a la autonomía ajena (*neminem laedere*). Se trata de un sujeto responsable pleno por el peligro que amenaza porque es “todo lo responsable que se puede ser”. El sujeto agrede, ataca a otro. Con ello, lo desconoce o lo

una “expresión de sentido”. Acaso mucho antes que Jakobs (Roxin), pero claramente luego de su propuesta, el Derecho penal y sus instituciones, han pasado de ser objetos a los que estudiar a partir “de lo que son” para transformarse en objetos que se estudian “a partir de lo que expresan”. Así, claramente, en materia del sentido y fin de las penas (Jakobs, Silva, Ziffer etc.), de la acción, de la tipicidad, de la culpabilidad y, por cierto que también, de la antijuricidad.

Las causas de justificación son permisos para actuar típicamente. Para hacer algo, que, *prima facie*, se parece a un delito. ¿Pero qué expresamos cuando decimos “*tienes permiso para...*”? ¿El Derecho expresa lo mismo a la hora de permitir actuar en legítima defensa que en estado de necesidad? ¿Y expresa lo mismo cuando se elige la opción defensiva que la agresiva? Yo creo que no.

Supongamos un escenario en el que los ciudadanos son espectadores, como en un circo romano, de las tres diferentes situaciones de necesidad actuadas en la arena. Se me ocurre que frente al ataque de uno de los protagonistas al otro, el grito de la platea será un entusiasta “¡defiéndete hombre, es lo que debes hacer!” (En contra ZAFFARONI, *Tratado...*, 589: “el orden jurídico no puede menos que *deplorar* esta circunstancia, que en modo alguno fomenta”). Frente a algo que no es un ataque sino, por ejemplo, una torpe puesta en peligro de la humanidad de uno por la actuación de otro será: “¡cuidado, atájalo!”. Y, finalmente, frente a uno de los protagonistas que pretende escapar de un peligro a costa de un tercero que distraído charla en la arena con otro de los participantes, la platea exclamará “¡eh, momento!, ¿por qué a ése que nada tiene que ver? ¡Él no participa del show!” En este sentido, por ejemplo Maurach, “el hecho será aprobado (justificado) por el Derecho o reprobado (calificado como contrario a Derecho), por el Derecho mismo” (MAURACH, Reinhardt, *Tratado de Derecho Penal*, trad. por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, I, 358). Volveré con esta cuestión, en la Quinta Parte de este trabajo en un diálogo con Ticio.

<sup>320</sup> “... dentro de una sociedad libre, a cada uno de los ciudadanos le corresponde asumir el deber de mantener el estado de libertad real. Quien escapa a esta responsabilidad al realizar un hecho punible infringe su obligación de contribuir a la conservación del orden existente de libertad. Sufrir una pena significa tener que soportar que los bienes propios sirvan para demostrar que una acción de estas características lesiona la libertad. Desde esta perspectiva, la pena no sería entendida en forma puramente negativa como irrogación de dolor que responde a un dolor anterior sino positivamente, como pretensión de sometimiento del autor para el restablecimiento de la relación jurídica que él lesionó.” (PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2010, 86 y ss. y ZIFFER, Patricia, “Acerca del resurgimiento del retribucionismo”, *En Letra, Derecho Penal*, Año IV, número 6, 30-51, aquí, 37-38).

niega como persona (le niega su autonomía y su dignidad) y, con ello, se despoja a sí mismo de la protección que el Derecho concede a su propio ámbito de libertad.<sup>321</sup> Su conducta, libre y responsable, lo someterá a un *deber de tolerancia de la máxima intensidad* pues hace nacer en el agredido un *derecho de respuesta que es también de la máxima intensidad*, en forma de *reacción al mal* que lo acecha y sólo limitada por la racionalidad (necesidad racional).<sup>322</sup>

***En los supuestos de estado de necesidad defensivo*** con fuente de peligro en la esfera individual de un sujeto, su *responsable* también ha violado el deber principal de no dañar a otro (*nemimen laedere*). Su conducta ha creado un peligro a un tercero, y ello le priva del derecho de defenderse si es que aquél a quien puso en peligro decide, libremente, emprender la acción defensiva. Pero, evidentemente, su vínculo con el peligro es menor que aquel del responsable pleno. Este sujeto no cuestiona la esfera de libertad ajena con la misma intensidad que muestra el agresor en supuestos de legítima defensa. Su conducta le es imputable objetivamente (y, hasta puede que lo sea subjetivamente a título culposo *pero ya no dolosamente*). Se trata de un ***sujeto responsable preferente*** por el peligro que amenaza. Su

<sup>321</sup> Para Hobbes, únicamente en una condición de guerra o de naturaleza, previo a la aparición del soberano o del contrato, es cuando “todo hombre tiene derecho a todo, incluso al cuerpo de los demás. Y, por tanto, mientras persista este derecho natural de todo hombre a toda cosa, no puede haber seguridad para hombre alguno (por muy fuerte o sabio que sea) de vivir todo el tiempo que la naturaleza concede ordinariamente a los hombres para vivir” (HOBBS, *Leviatán*, 100). En mi opinión, sólo existe una teoría de la pena que reconoce la autonomía y la dignidad humana en toda su extensión. Aquella en que la pena deriva de un acto de libertad del infractor y de su consecuencia: la responsabilidad por sus propios actos. Y que no lo niega como persona ni lo utiliza como un medio para fines de otros. *Es la teoría retribucionista*, tanto en la visión de Kant cuanto en la formulación más rígida de Hegel. Dice éste que el castigo es un derecho del criminal. Es un acto nacido de su propia voluntad. La violación del Derecho ha sido proclamada por el delincuente como un derecho propio. Su crimen es la negación del Derecho. La pena, la negación de esa negación y, en consecuencia, la afirmación del Derecho, solicitada y reforzada por el delincuente mismo. (Ver, en este sentido, MURPHY, “Marxism and retribution”, 217-218 “es la única teoría moralmente defendible del castigo”. Véase allí también, una cita imperdible del propio Marx: “Hegel instead of looking upon the criminal as the mere object, the slave of justice, elevates him to the position of a free and self determined being... (Marx, Karl, *New York Daily Tribune*, 18th. February, 1853). Asimismo, Mill, claro: “Así, la máxima de que una persona es sólo responsable de lo que ha hecho voluntariamente, o lo que habría podido evitar voluntariamente, la de que es injusto condenar a alguien antes de escucharle, la de que el castigo debe ser proporcionado a la ofensa, y otras semejantes, están encaminadas a evitar que el principio de justicia de devolver mal por mal sea pervertido al infligir daño sin justificación”. (MILL, *El utilitarismo...*, 134).

<sup>322</sup> También Nino: “la explicación mas promisorio de por qué una agresión ilegítima tiene como consecuencia una desvalorización es que el agresor no merece que se protejan sus intereses con la misma intensidad que los de la gente observante del derecho. Se trata de adjudicar beneficios y perjuicios según la contribución de cada uno a generar la situación de enfrentamiento... Esta concepción permite que quien se defiende cause al agresor culpable un daño mayor al involucrado en su ataque, sin que por ello se deje de lado la vigencia de la proporcionalidad, implícita en toda idea de retribución.” (NINO, *Legítima defensa...*, 53). Para un análisis muy completo y reciente sobre el resurgimiento de las teorías absolutas de la pena, orientada al respeto al mandato constitucional de proporcionalidad y en la que no pueden dejar de reconocerse elementos comunicativos y “expresivos” (en especial, pero no únicamente, “orientados a la comunicación con la víctima”) véase ZIFFER, Patricia, “Acerca del resurgimiento del retribucionismo”, *En Letra, Derecho Penal*, Año IV, número 6, 30-51.

responsabilidad es menor porque su incumbencia es menor y también porque su injusto es menor. Al no revelar su conducta esa máxima intensidad lesiva que se constata en un ataque doloso, su deber de tolerancia frente a la reacción del necesitado tampoco tendrá (no deberá tener) aquella máxima intensidad.

En efecto, el *responsable preferente* por el peligro no cuestiona en términos tan amplios y tan directos la libertad ajena (afecta o lesiona su autonomía, pero no lo desconoce ni lo niega como persona) y mantiene, entonces, una cierta protección del Derecho y una legítima expectativa de protección (disminuida en la misma medida que su injusto). Está claro que deberá soportar la respuesta del necesitado si éste (acaso) decide emprenderla. Pero la suya no será una obligación de tolerar “cualquier respuesta” que a aquél se le ocurra. Así, en estos supuestos, el derecho de salvaguarda (de respuesta en forma de reacción), deberá ser, por un lado, aquel *necesario* para aventar el peligro que el responsable preferente creó. Pero, además, deberá ser *proporcional a la medida de ese peligro*. Y, por último, deberá ser una respuesta que no niegue como persona a quien resulta *responsable preferente* por el peligro (límite que impone el principio de dignidad) porque, salvo excepciones (v.gr. culpa grave, *cuasi dolo eventual*), su propia conducta no ha significado, ni es expresiva tampoco, de la máxima negación del otro como persona.<sup>323</sup>

En ambos casos *con* sujeto responsable por el peligro que amenaza (legítima defensa - *sujeto responsable pleno*-, y estado de necesidad defensivo -*sujeto responsable preferente*-), la respuesta del amenazado por el peligro recae o “cae” allí donde debe caer: precisamente, en aquel que, responsablemente, generó ese peligro. Es decir en quien, con mayor o con menor intensidad, ha desafiado o cuestionado la esfera de libertad ajena, su autonomía (*principio de responsabilidad por el propio acto organizador*).

Pero insisto, en virtud de que ni el sentido ni el contenido de esa negación son iguales, ni el derecho de injerencia del necesitado que ejerce la acción de salvaguarda sobre el responsable por el peligro será igual, ni el deber de soportar o tolerar esa acción defensiva de parte del sujeto que generó el peligro será la misma.<sup>324</sup>

<sup>323</sup> En opinión que comparto, Jakobs afirma que la defensa en estado de necesidad defensivo puede llegar incluso hasta dar muerte a una persona si no se pueden evitar de otro modo daños graves, por la amenaza a los cuales ha de responder quien resulta muerto. Es que en estado de necesidad defensivo, dice Jakobs, no se trata de solidaridad (en mi propuesta, de dignidad) sino de *responsabilidad* por la causa del conflicto. (JAKOBS, DPPG, 13/46). Lo mismo, claro está, en legítima defensa.

<sup>324</sup> Un caso resuelto por el Tribunal Supremo de Baviera y que nos trae Wilenmann sirve para ilustrar el punto. Trata del propietario de un terreno que alejó de éste, mediante coacciones, a paseantes de buena fe que entraron

Fundamentalmente por ello es que soy de la opinión de que el primer requisito de la justificante de legítima defensa, esto es la existencia de una **“agresión ilegítima”**, que señala al candidato preferente (y preferido por la ley) a soportar la acción de salvaguarda del sujeto en peligro, con la máxima intensidad, con el máximo de agresividad que el sistema penal reconoce y puede ofrecer, **sólo alude a conductas imputables a su autor como dolosas**. Las demás, aquellas que sólo pueden ser imputadas a su autor objetivamente o, acaso también subjetivamente pero a título culposo, se reservan para (o quedan desplazadas a) la estructura del estado de necesidad defensivo.

La cuestión no resulta, por cierto, para nada pacífica en la doctrina. Algunos elijen el camino al que adhiero (“sólo las agresiones dolosas fundamentan una situación de legítima defensa”) y, otros, entienden que el concepto de *agresión* bien puede predicarse tanto de las acciones dolosas como de las imprudentes.<sup>325</sup> Explicaré mi preferencia.

En primer lugar tenemos el argumento del lenguaje, que me parece ya muy convincente. La palabra *agresión*, significa “ataque” dirigido a hacer daño, es decir doloso. Ello en el uso corriente del lenguaje, además según todas las acepciones del diccionario<sup>326</sup> y, por último, en su sentido etimológico: “presupone una acción consciente y controlada por la voluntad... una acción dirigida o tendente a algo”.<sup>327</sup>

---

en él creyendo que se trataba de un camino público, porque así estaba descrito en los mapas provistos por la Autoridad. Los conminó a alejarse bajo amenaza de atacarlos con perros y con armas de fuego. El Tribunal no consideró la justificante de legítima defensa. Wilenmann entiende, con razón, que “*si (de) algo*, se trata de un caso que debe ser resuelto en el contexto de la dogmática de estado de necesidad defensivo”. (WILENMANN, *La justificación...*, 266; destacado mío). Pero quizá, como sugiere el autor, ni eso. Los paseantes estaban, evidentemente en error de prohibición invencible. El Estado era el autor de los mapas... Un error que no recaía sobre el sentido jurídico (o la significación jurídica) de lo que hacían, sino sobre aquello que hacían. Es decir, que se trata de un error sobre la situación de hecho que, entiendo y así lo dije hace tiempo, debe ser tratado como un error de tipo (Ver FREELAND, Alejandro, “Problemas de la legítima defensa, errores y excesos”, *J.A.* 1995-II-287). Si es invencible, pues no tendremos imputación subjetiva del evento a los autores. Pero sí objetiva... Y ello, según vengo diciendo, nos alcanza para vincular a los paseantes con el peligro como responsables preferentes y a habilitar una respuesta en los términos y con los límites del estado de necesidad defensivo. Aún así, confieso que el caso me parece muy difícil. Y la respuesta en el límite de lo tolerable. Acaso una defensa, con esa extensión resulte, en estos supuestos, excesiva.

<sup>325</sup> Para unos y para otros, con profusión de citas y críticas, ver PALERMO, 279 a 289. En particular, a favor de excluir las *amenazas inconscientes* (por tanto los casos de imprudencia inconsciente, y de incapaces de culpabilidad –el agresor debe ser consciente de que lesiona un interés individual y estar en condiciones de cuestionar la vigencia de la norma- pero deja en el ámbito de la legítima defensa a los casos de culpa consciente o con representación) ver OTTO, *Manual de Derecho Penal...* 176 y nota. 206: “sólo es agresión en el sentido del § 32 del StGB, la amenaza consciente de un bien jurídico por parte de un agresor capaz de culpabilidad.”

<sup>326</sup> DRAE: del latín *agressio -ónis*. 1. Acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño, especialmente sin justificación. 2. Acto contrario al derecho de otro. 3. Ataque armado de una nación contra otra, con violación del derecho. 4. Mil. ataque rápido y por sorpresa, realizado por el enemigo o considerado injusto o reprochable.

<sup>327</sup> Que puede ser activo u omisivo. Ver COROMINAS, “Diccionario etimológico”, 1976 I, 76. Asimismo ZAFFARONI, *Tratado...*, III, 597 y ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Manual...*, 482: “es correcto requerir voluntad

Por otro lado, encuentro también muy convincente la distinción entre estructuras que he presentado arriba según la propuesta de Baldó. Lo que diferencia a las tres situaciones de necesidad justificantes es el grado de imputación del peligro a una esfera o a la otra<sup>328</sup>, a las que he sumado la decisión del necesitado (del amenazado por el peligro) y la dirección en la respuesta que intenta. Ello, además de proveernos de una clasificación axiológica y deontológicamente convincente, nos indica cuál es el candidato normativamente señalado para asumir los costes del derecho de salvaguarda y con qué intensidad en unos y en otros casos y para unos y para los otros (es decir, para quien ejerce el derecho y para quien tiene el deber de soportar el daño). Si la generación del peligro, es reconducible (imputable) a la esfera de uno a título doloso, entonces su responsabilidad por él es plena y habilita una respuesta en el mismo nivel, o aún mayor (con el límite de la racionalidad)<sup>329</sup>. En cambio si el peligro le es imputable a título culposo, o acaso sólo resulta “objetivamente imputable” a su esfera, entonces su responsabilidad será preferente y la respuesta que ella habilita es menos intensa (proporcional y menor), sencillamente porque su responsabilidad por el peligro es menor.

Y eso es lo que leemos en la ley, por lo que, además del argumento del lenguaje, tenemos una comprobación normativa y perfectamente sistemática, al dotar a unos de una capacidad de respuesta mayor que a otros, dependiendo de la responsabilidad por el peligro

---

lesiva y excluir del ámbito de la agresión las conductas que sólo son imprudentes... si el sujeto no se ha percatado del peligro que causa con su acción imprudente no mediará agresión (por falta de voluntad lesiva)”. En mi opinión, resulta la más convincente de las razones que da LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, 179. Palermo no considera decisiva ni a ésta ni a las demás razones que da Luzón. Respecto de la que trato, dice Palermo “que el significado lingüístico que se le asigna usualmente a la palabra *agresión* no puede ser determinante para establecer los límites del concepto normativo de agresión. En efecto, si bien un animal que ataca a una persona, puede ser considerado un agresor según el uso común del lenguaje, no puede serlo en sentido jurídico” (PALERMO, 282 y 283). A ello respondo que cierto es que los límites del concepto normativo de agresión no pueden ser fijados sólo por el uso común de la palabra, y acaso tampoco por lo que etimológicamente signifique, pero tampoco podemos extendernos tanto como para hacer de ella un uso extensivo y constitucionalmente prohibido. Pero además, el ejemplo del perro no me parece el mejor. Efectivamente, podemos decir que el perro “me atacó” o que “atacó a Juan” sin pensar, por cierto, en “su voluntad” de atacar o sin siquiera discutir ese punto. Pareciera que sus movimientos fieros, con clara tendencia, dirección y sentido, asimilan su “manifestación” al ataque de una persona, en ese sentido (dirección de voluntad para el humano, “¿dirección de movimientos?” para el perro). Pero lo que sucede es que la ley habla de *agresión ilegítima*. Y es por eso que ni perros, ni gatos ni otros animalitos de Dios, ni los elementos naturales (porque también podríamos decir que “... me atacó el tornado”) son una fuente de peligro *ilegítima* que puedan dar lugar a la legítima defensa. Así, por todos, LUZÓN, *Aspectos esenciales...*, 323.

<sup>328</sup> Sigue ese camino también Wilenmann, “con el reconocimiento del estado de necesidad defensivo, esta disputa sobre el límite de los derechos de defensa, se trasladó directamente a la discusión sobre la idea de la imputación vinculada a la proveniencia del peligro...” (WILENMANN, *La justificación...*, 262).

<sup>329</sup> Si no entiendo mal (lo que es probable porque no me resulta nunca de fácil lectura), Wilenmann también ve a la agresión como un comportamiento doloso. Y, según creo, con dolo directo. Dice en la parte más clara para mí de aquella –extensa–, en donde trata la cuestión: “la estructura de fundamentación que, a grandes rasgos, puede ser descrita mediante el concepto de asunción, requiere de un esquema de reglas de imputación que permita atribuir intencionalidad” (WILENMANN, *La justificación*, 265).



que exhiba su agente generador. Por último, no me parece aceptable, en virtud de los principios de autonomía individual (cada uno es *libre de lo que hace y responsable por lo que hace*, y en la medida de lo que hace) y del principio de dignidad de la persona humana, que la amplísima facultad de salvaguarda que la ley otorga a quien es víctima de un ataque doloso, se conceda también a aquel que es víctima de una acción que no es equiparable al injusto que representa la agresión dirigida (dolosa) de otro, sino que resulta sólo objetivamente imputable a la esfera de otro o, hasta de una acción u omisión imprudente de otro (por lo menos, y de seguro, en la forma de la culpa inconsciente).<sup>330</sup>

En conclusión, cuando el peligro se genera en fuente humana responsable, es el generador de ese peligro quien ordena primariamente las situaciones de necesidad como de uno o otro tipo (legítima defensa o estado de necesidad defensivo). Además fija, merced a su propia responsabilidad (infracción al deber negativo, *neminem laedere*), su incumbencia primaria por ese peligro y, por tanto, señala a aquel sujeto que pone en peligro (al necesitado) que, en principio, debe resolver la situación que “le propone” en forma de reacción hacia la fuente de peligro. Asimismo, es la intensidad de la infracción del deber negativo, la que indica la intensidad que la respuesta en forma de salvaguarda que el necesitado intenta puede tener. El necesitado debe reaccionar contra la fuente de peligro *responsable pleno* (situación de legítima defensa) con toda la intensidad que resulta racional (derecho de salvaguarda máximo, deber de tolerancia máximo). El necesitado puede reaccionar -si es que decide actuar y no asumir el daño en su propia esfera-, contra el *responsable preferente* (situación de estado de necesidad defensivo) con una intensidad media (derecho de salvaguarda medio) y el responsable preferente tendrá un deber de tolerancia medio, proporcionado al peligro –no doloso- que generó.

---

<sup>330</sup> Las prevenciones que exhibo aquí se deben a que, como se verá, *habilito excepcionalmente* una reacción de la máxima intensidad (muerte, lesiones etc.) en estado de necesidad defensivo y con observancia del requisito de la necesidad absoluta (no queda otra alternativa más que... y de proporcionalidad) contra una conducta que pone en peligro mi vida o mi integridad física con una culpa cercana al dolo (culpa consciente, culpa grave). Creus, advierte el problema. Pero como no reconoce otra situación de necesidad defensiva que la legítima defensa, termina reconduciendo estos supuestos a esta última estructura. Dice: “La agresión es *intencional*, pero puede haber casos de ataques culposos que amenazan con gravísimos daños .... Cualquiera tiene derecho a repeler la conducta culposa de alguien que amenaza su vida (por ejemplo, el que está jugando con un explosivo peligroso). Entonces la circunstancia que la ley requiera una conducta intencional no necesariamente excluye la legítima defensa.” (CREUS, *DPPG*, 318).

Ésta es entonces la distinción que prefiero, y que entiendo corresponde hacer.<sup>331</sup> Porque en el marco de un Derecho penal que se centra en la persona, que contempla al individuo como un sujeto autónomo y dotado de dignidad, es decir libre en sus decisiones pero también responsable por ellas y por los riesgos a los que somete a sus propios bienes y también a los ajenos, resulta ineludible tomar en consideración la provocación de la situación de conflicto, *el grado de incumbencia* (de vinculación, de responsabilidad o de competencia), del sujeto respecto de él.<sup>332</sup> Y, a la hora de resolverlo, es necesario distinguir las posibilidades que el necesitado tiene y la dirección que da a su respuesta. Ello, confío, se verá con mayor claridad en la distinción que sigue.

### 3. El necesitado decisor. “Competente mínimo” por el peligro y “competente pleno” por la situación de necesidad.

*¿Quieres acaso poseer lo que ornamento crees de la vida  
y vivir ante ti como un cobarde,  
dejando que a “quisiera” suceda “no me atrevo”  
como hace el pobre gato del refrán?*<sup>333</sup>

En cambio, en las *situaciones de estado de necesidad agresivo* que son las que nos preocupan y ocupan aquí, tenemos a un *necesitado que no enfrenta* la amenaza natural o humana que lo pone en peligro, sino que la *reparte, la socializa, la distribuye*. En todo caso, si existe un responsable por el peligro, éste ha quedado fuera de la escena *en virtud de la decisión* que ha tomado el necesitado (que ha elegido *accionar contra el inocente*, y no *reaccionar contra la fuente de peligro*).

Lo que tenemos entonces *es una relación de conflicto entre dos personas* (entre dos ámbitos de libertad y entre dos seres dotados de dignidad) que ya no surge naturalmente, ni

---

<sup>331</sup> En contra, además de Palermo, entre otros Bacigalupo: la agresión puede ser intencional tanto como provenir de una acción realizada sin la debida diligencia” (BACIGALUPO, DPPG, 361, con citas); Righi-Fernández, Derecho Penal..., p. 191, “debe admitirse la legítima defensa contra comportamientos realizados culposamente”; DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, 145: “decir que son actos violentos implica trabajar con un concepto vulgar de agresión frente a un criterio que debe ser, sin duda, normativo... debe aceptarse legítima defensa contra actos culposos. Y esto es así porque la ley no limita la agresión a acciones intencionales, y tampoco se puede aceptar que existe una limitación de tipo lógico conceptual”. De mi parte digo que la ley, según creo, *sí limita* porque utiliza, precisamente la palabra *agresión*... Y la adicional limitación lógico conceptual también resulta necesaria porque, de lo contrario habilitaríamos acciones defensivas con una entidad e intensidad que no guardan relación con la medida del injusto de aquel que aquí llamo responsable preferente.

<sup>332</sup> COCA VILA, *La Colisión de deberes...*, 89.

<sup>333</sup> SHAKESPEARE, *Macbeth*, I,vii.41-45. *El pobre gato del refrán* alude al proverbio inglés del gato que quiere comerse al pez, pero que no se quiere mojar las patas... (ver op. cit. nota 45, 111).

por responsabilidad de alguno, sino que aparece en el mundo a partir de un acto de voluntad libre del necesitado. *El necesitado ha hecho nacer una relación que antes no existía y que ahora lo vincula a él y a su peligro*, con un absoluto extraño (tanto a él como a “su peligro): *el inocente*.

Por cierto que el necesitado no es de ningún modo, y no puede ser<sup>334</sup>, *responsable por el peligro* que lo amenaza. Pero, subrayo, una cosa es el peligro que amenaza y otra, distinta, la situación de necesidad (la situación de conflicto):

El necesitado es extraño al peligro, ¡pero en modo alguno es extraño *a la situación de necesidad!* En rigor resulta el protagonista principalísimo de ella porque es, nada menos, que quien la hace aparecer, quien la tematiza o hace nacer *en forma de conflicto* y en cualquiera de las opciones en las que “hace algo” o decide hacer algo.<sup>335</sup>

En cambio, del otro lado, allí también tenemos a nuestro reciente “*aparecido en la escena*”. Se trata del tercero con *status* de *inocente*, que reviste una condición “incontaminada”; digamos acaso sensibleros, pero sin exagerar “de absoluta pureza”. Lo que fundamentalmente caracteriza a este sujeto *es su doble condición de absoluto extraño o ajeno tanto al peligro que amenaza cuanto a la situación de necesidad que el necesitado (o, si lo aceptáramos –yo no-, su tercero auxiliador) planteó.*<sup>336</sup> El inocente no es responsable ni es competente por el peligro ni por la situación de necesidad. Pero, aún con ello, ya tenemos al *candidato al sacrificio*. Al *cordero elegido entre la manada o el rebaño*<sup>337</sup> sólo porque ahora es a él a quien “le tocó” que el necesitado lo eligiera entre los candidatos posibles, o acaso lo que “le tocó” es que el destino lo colocara a él o a sus intereses jurídicamente garantizados y protegidos “justo allí” (la casa del vecino ausente que se quema).

<sup>334</sup> No lo puede ser, por el requisito de la *extraneidad* del tipo de la justificante.

<sup>335</sup> La distinción que propongo (entre competencia o responsabilidad por el peligro y competencia o responsabilidad por la situación de necesidad, es decir por la situación de conflicto, no es, hasta donde alcanzo, advertida por la doctrina, salvo en el caso de Silva, “Sobre el estado de necesidad...”, 678-679, que lo resuelve en sentido opuesto al que aquí se postula. Ver *infra*, el requisito de la extraneidad, en la Quinta Parte. No he encontrado otros que distinguan estos dos momentos. Por todos, Bacigalupo: “*la situación de necesidad no debe haber sido creada por el titular del bien jurídico amenazado*” (BACIGALUPO, DPPG, 377).

<sup>336</sup> Cosa distinta es ser responsable por el peligro (por el mal que amenaza), que por la situación de necesidad (por la situación de conflicto). El necesitado no debe estar vinculado con la provocación del peligro (del mal que amenaza). Pero sí, es siempre (él o el tercero auxiliador allí donde reconozcamos su intervención) quien “provoca” o más bien quien decide o plantea, la situación de necesidad, es decir el conflicto.

<sup>337</sup> Cualquiera de los dos términos puede utilizarse, según el diccionario. Adviértase que, en ambos, el conjunto está bajo la guarda de “un pastor” que debe intentar prevenir o evitar esos peligros ...: el Estado.

Resultará curioso (a mí me ha parecido siempre hasta extraño y por eso aquí estoy escribiendo) que aceptemos sin reparos y que validemos jurídicamente que aquel que nada tuvo que ver con la situación de peligro (ni con la generación de ese peligro ni con la transformación del peligro en conflicto), termine siendo el perjudicado por el mal que a algún otro le tocó. Pero precisamente de eso hablamos cuando tratamos el estado de necesidad agresivo.

Confío en que se empezarán a entender las perplejidades que este permiso tan abierto para dañar a verdaderos inocentes provoca en algunos (¡en mi opinión, menos que los que debería!). Y que, sinceramente creo, tendría que provocar no sólo en un liberal, de un abogado de aquellos derechos que los liberales fueron los más insistentes en reconocer y en defender, sino también en toda persona mínimamente sensible.

Mi propuesta, como veremos, será que *a falta de un responsable* a cuya cuenta podamos cargar el peligro, el necesitado que resulta primero *competente mínimo y luego competente pleno* por él, es quien debe asumirlo sin trasladarlo a un inocente. Básicamente en virtud del principio del *casum sentit dominus*. Este principio, como examinaré con algún detalle, deriva directamente de la idea rectora de la libertad. Y, aunque en Derecho Penal, no es un criterio de atribución de responsabilidad (como sí lo es en el Derecho civil), sí que resulta un criterio y muy útil para la *atribución de competencias* por el peligro y/o por la situación de necesidad (situación de conflicto). Es decir para el reconocimiento de un cierto *status* que diferencia a unos sujetos de los otros. En el caso, a aquel que no generó el peligro, que no es “responsable” por él, pero en quien sí podemos reconocer un vínculo con él, más directo o más fuerte que el de un inocente, que es por completo ajeno o extraño a ese peligro y a esa situación de necesidad que a otro involucra.

### **3.1. La gestión del peligro de parte del necesitado:**

Es que, si el Estado o sus agencias o instituciones, no están a la mano (es decir, si no está aquel llamado, en primerísimo lugar, a resolver la emergencia), sea que el peligro provenga de la naturaleza o que reconozca su origen en fuente humana serán, como dije, tres *las posibilidades (las alternativas) que el amenazado por ese peligro tendrá*. Volvamos a ellas con un detalle algo mayor:

i. **No hacer nada**; es decir dejar que el peligro se concrete o convierta en daño sin ensayar respuesta alguna ejerciendo un acto de verdadera autonomía (*principio de autodefinición de intereses propios*). Podremos adivinar en ello o un acto de resignación ante

“la desgracia” (“y bueno, es lo que me tocó...”),<sup>338</sup> o acaso de cobardía (“no enfrente el peligro”, nunca lo hago, “me da miedo”)<sup>339</sup>; o de cálculo de costo-beneficio que resulta positivo (“la casa que se quema está vieja, y tengo un buen seguro”), o, tal vez, alguna combinación entre ellas, o con alguna otra. Pero de lo que sí podemos estar seguros es de que: a) el necesitado habrá ejercido un acto de libertad (para organizar y para disponer de lo suyo) y; b) el Derecho penal no tendrá nada para decir, a lo menos en términos de justificación o de *permiso*, porque no existirá un conflicto a resolver en términos de necesidad (no habrá nacido allí una situación de necesidad).<sup>340</sup>

**ii. Reaccionar frente a ese peligro que amenaza.** En estos supuestos, el necesitado decide encarar el peligro, “plantarle cara”, enfrentarlo para intentar resolver la emergencia allí donde se suscitó (dentro de esa relación inicial -peligro/afectado por el peligro) sin derivarlo a terceros no inicialmente implicados: esto es, a inocentes. Aquí no apreciamos ni resignación, ni cobardía. Más bien, lo contrario (coraje, valor, nobleza de carácter). El sujeto amenazado en su esfera de libertad por un peligro generado en la naturaleza o en fuente humana, decide libremente encarar su defensa. *Reacciona contra* el peligro e intenta, con ello, proteger su esfera de libertad amenazada y restablecer el orden que aparecía entredicho o directamente cuestionado, con absoluto *respeto* por la dignidad ajena. Ésta debe ser la opción preferida y preferente en un sistema de derecho penal liberal, basado en la autonomía individual, en el principio derivado de responsabilidad por el peligro que se ocasiona a un tercero, y en la dignidad de todos y cada uno de los que conformamos la raza humana.

**iii. Accionar contra un tercero inocente** para intentar la salvación contra el peligro que a él amenaza. Estamos aquí frente a supuestos bien distintos de los anteriores. Hablamos de casos en los que el amenazado por el peligro decide “abrir” esa relación que inicialmente sólo a él lo vinculaba con el peligro que lo amenazaba (que aparecía *encapsulada* en ese ámbito más restringido, en esa relación elemental: *peligro- amenazado por él*), introduciendo en la escena (por la fuerza, “de los pelos”), a un completo inocente. Es decir, lo que tenemos

---

<sup>338</sup> En rigor, en una situación de estado de necesidad agresivo, y conforme a una moral liberal, lo (moralmente) obligatorio sería asumir el propio mal; incluso pese a que el Derecho positivo me habilite a injerirme en una esfera ajena.

<sup>339</sup> No puedo resistirme a incluir esta frase de Hobbes: “Lo que da a los actos humanos el *sabor de la justicia*, es una cierta nobleza o galán coraje (que se encuentra raramente) por el que un hombre desprecia contemplar, para contento de su vida, el fraude o violación de promesa. Esta justicia de la conducta es lo que se significa cuando se llama a la justicia virtud, y a la injusticia, vicio.” (HOBBS, *Leviatán*, 113).

<sup>340</sup> Por cierto que si el peligro ilegítimo proviene de fuente humana, responsable de algún modo por él, y el afectado se resigna y lo soporta, lo penalistas analizaremos la responsabilidad del sujeto originador del peligro respecto del daño que infirió. Pero no habrá situación de necesidad.

aquí no es un acto de resignación, quizá sí de cobardía. No se nos aparece un sujeto valiente, arrojado o noble. Ni tampoco, en principio, un acto ponderable o valioso en términos morales, jurídicos o sociales.<sup>341</sup> Lo que tenemos es algo, por lo menos, cuestionable en términos de dignidad humana: “el uso” o el empleo de otro, ¡de un inocente! para que el amenazado se salve de la situación de peligro que lo acecha. Lo que tenemos es a uno que se salva “a costa” de otro.<sup>342</sup> Verificamos, además, una ampliación de la esfera inicial de conflicto o de peligro hacia ámbitos inicialmente no vinculados (si se me permite, un mayor *desparramo* de dolor). Nada de valioso y ninguna justicia podemos, en principio, apreciar en ello. Tampoco, según creo, la idea de la Justicia distributiva nos habilita a dañar dolosamente a un inocente.<sup>343</sup> Y, sin embargo, como vimos, de esto por lo general se trata cuando de estado de necesidad se habla y los hablantes no parecen muy preocupados, o siquiera advertidos, de estas realidades tan poco favorables ni al reconocimiento de la persona y de sus derechos más fundamentales.

---

<sup>341</sup> Ese no es el hombre liberal. Ni el hombre regido por la voluntad buena de Kant, ni el *hombre noble* de Ortega. “*Nobleza* es sinónimo de vida esforzada, puesta siempre a superarse a sí misma, a trascender de lo que ya es hacia lo que se propone como deber y exigencia. De esta manera, la vida noble queda contrapuesta a la vida vulgar o inerte, que, estéticamente, se recluye en sí misma, condenada a perpetua inmanencia, como una fuerza exterior no la obligue a salir de sí. De aquí que llamemos *masa* a este modo de ser hombre, no tanto porque sea multitudinario, cuanto porque es inerte”. (ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, 2da. ed., Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1996, Primera parte, Capítulo VII).

<sup>342</sup> Por eso nunca me pareció satisfactoria la solución de Mir Puig para los supuestos de legítima defensa que recae sobre un tercero. Dice el muy admirado y recordado Santiago Mir: “para la legítima defensa es preciso que, además, se reaccione contra el agresor. Si ante una agresión ilegítima el agresor se defiende interponiendo a un tercero no agresor, sobre el que ha de recaer la agresión, la lesión del sujeto interpuesto no puede quedar cubierta por la legítima defensa, sino sólo, si concurren sus requisitos, por estado de necesidad. La razón es que en este caso el conflicto a enjuiciar se produce entre dos personas, *el agredido y el tercero, que se encuentran entre sí en una misma situación frente al Derecho; ninguno de ambos agrede al otro*. La consecuencia es que el agredido no puede defenderse poniendo para ello a un tercero en un peligro más grave que aquel que le amenaza. Ello parece justo. Este grupo de casos puede designarse como defensa que recae sobre un tercero, a condición de que se advierta que frente al tercero no hay defensa alguna.” (MIR PUIG, DPPG, 10ma., 463). El problema, según creo, parte de considerar al necesitado y al inocente en una misma situación jurídica, en una situación de paridad frente al Derecho. Y no la tienen... uno es mínimamente competente por el peligro (*casus* para él) y competente pleno al plantear la situación de conflicto de ese modo, es decir, cuando decide “usar al inocente” para evadir el mal que únicamente a él amenaza. El único tercero aquí es el inocente, absoluto incompetente y absoluto extraño tanto al peligro cuanto a la situación de necesidad. Y luego se profundiza, al exigir, para validar el permiso justificante en estado de necesidad agresivo, sólo que el mal que se le causa al inocente sea menor que el que amenaza... Aún, claro, “algo menor” (vida por lesión grave). Pero, de un lado, parece soslayarse que el “que va primero” en contra del inocente es el sujeto agredido (que lo coloca en el medio; y eso ya es un ataque) y, luego, que el grado del mal que termina soportando el interpuesto, ya no depende del sujeto agredido inicialmente sino del primer agresor...

<sup>343</sup> Justicia es dar a cada uno lo suyo, en la medida que así le corresponde y es merecido. No hacemos justicia cuando dañamos a un inocente. Quizá otra cosa. En Hobbes, justicia es “el cumplimiento de lo pactado, una regla de la razón por la que se nos prohíbe hacer algo destructivo para nuestra vida y, por consiguiente una ley de la naturaleza” (HOBBS, 112). Y lo que hemos pactado inicialmente entre nosotros es no hacernos daño sin que exista, por lo menos, una muy buena razón. La relación entre ciudadanos está regida inicialmente por el deber negativo (derivación de la idea de libertad negativa). Es un deber de no dañar, de abstención, de evitación de cualquier daño a otro sin legítimo motivo. La idea “de no injerencia” en la esfera ajena.

Ni aún, los más “comunitaristas” o “socialistas”, al mayor daño social (desorden) que ello implica o supone.

Así, y conforme espero que ya resulte claro, en *la configuración de una situación de necesidad como defensiva* (en sus formas de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo) o *agresiva* (estado de necesidad agresivo) nada tiene que ver el principio de ponderación de bienes o intereses o de males. Depende, en primer lugar, de la constatación de cual ha sido la fuente o el origen del peligro y, eventualmente, la responsabilidad o la competencia por él (su vinculación con él).<sup>344</sup> Y luego, depende de qué decisión toma el necesitado acerca de cómo encarar la salida a esa emergencia y hacia dónde la dirige. Es decir, y esto es importante, es el necesitado quien decide qué hacer y hacia dónde dirigirá su acción de salvaguarda, si hacia algún lado. Esa decisión es, pura y exclusivamente, del necesitado (o del tercero que lo auxilia) y, por cierto, que se trata de una *decisión libre* que se estructura en dos momentos separados y bien definidos en el tiempo de lo que se derivan consecuencias que, como veremos, en mi opinión, resultan especialmente útiles, relevantes y trascendentes.

Insisto, es el necesitado quien, de hecho, hace aparecer la situación de conflicto en donde, hasta entonces, sólo existía un “peligro”. Y no sólo la plantea o la hace aparecer (si así lo decide), sino que le da un sentido (una expresión de sentido) a su conducta que el Derecho reconoce o valida como un *permiso* para actuar así. Lo hace bien en forma de *defensa* o de *reacción* contra ese peligro o en forma de una *acción*, es decir de una *agresión* (¡dolosa!), contra la esfera de libertad de un inocente. Es decir “le da la forma” de reacción contra la naturaleza o contra el responsable (pleno o preferente) por el peligro, o de acción agresiva y

---

<sup>344</sup> Por una propuesta distinta, que reconoce al principio de responsabilidad (fuerte) como fundamentador del derecho en legítima defensa pero que fundamenta en otras razones el derecho de defensa en estado de necesidad defensivo: concretamente, en *la pretensión del Derecho de distribuir correctamente las cargas sociales*, ver Wilenmann. Así: “considerado sistemáticamente, el estado de necesidad defensivo es la manifestación de un segundo subsistema de reglas de imputación en el contexto del sistema de derechos de necesidad y defensa. Mientras el primer subsistema de reglas hace operativa la atribución de responsabilidad por medio de una conexión con una construcción de la voluntad del agente, en el segundo subsistema la atribución de responsabilidad sólo pretende asignar correctamente cargas.” (WILENMANN, *El sistema...*, 18). Creo, con Baldó, que no existen razones para separarse del principio general de atribución de *responsabilidad* por el peligro, que en este caso será *preferente*, en los supuestos de que ese peligro resulte, a lo menos, imputable objetivamente a un sujeto determinado. Y que las diferencias entre los derechos y sus correlativos deberes que las estructuras de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo reconocen, se explican con más facilidad a partir de la intensidad y del grado de esa infracción del deber negativo (*nemimen laedere*) que los hace nacer.

lesiva contra los derechos e intereses de quien, hasta entonces, no tenía ninguna vinculación con la situación inicial del necesitado con ese peligro y con su fuente (tercero inocente).

Pero fijemos ahora nuestra atención en esta “víctima” llamada (o más bien traída de los pelos, ¡obligada!) al sacrificio.

#### **4. El inocente: absoluto irresponsable y absoluto incompetente.**

En efecto, y finalmente, en situaciones de estado de necesidad agresivas, y ajeno a esa relación inicial de conflicto, tenemos a un sujeto que termina siendo afectado (típicamente) por la acción de salvaguarda y que no reviste ninguna de las dos condiciones. No es, en modo alguno, *responsable* por el peligro que a otro amenaza. Y *tampoco es competente (en grado alguno)* por el peligro que a otro amenaza y del que resulta víctima (víctima de aquel *competente* por el peligro que lesiona su esfera de derechos y de libertad). Exhibe la (siempre) inalterada condición o el *status* de tercero inocente (es decir de *tercero extraño, absoluto irresponsable y absoluto incompetente por el peligro*). Por ello es que, en contra de lo que habitualmente se sostiene,

el necesitado y el tercero inocente *no son* “sujetos que estén en la misma situación fáctica ni, tampoco, en la misma situación o posición jurídica”.

Ello explica, en buena medida que, en mi propuesta, el estado de necesidad defensivo resulte preferente al agresivo. O, lo que es igual, éste subsidiario de aquél. Por tanto una de las condiciones fundamentales para que se admita el tal *derecho de salvaguarda* (y ya veremos de qué derecho hablamos) mediante la injerencia lesiva contra sujetos con *status* de *inocentes (terceros extraños irresponsables e incompetentes)*, es que el necesitado no haya podido elegir, antes de plantear él mismo la situación de conflicto, por las otras dos posibilidades (¡de las tres!) que, como ya dije, tenía: a) la de no plantearlo; b) la de encarar la salida en forma de respuesta, o de reacción contra la fuente de peligro que lo amenaza (tanto si deriva de “naturaleza” como de una fuente humana que resulta “de algún modo *responsable* por él”). A Ticio todo esto no le gustó absolutamente nada.

#### **5. Excurso: Breve (e incómodo) encuentro con Ticio:**



Cuando compartí estas reflexiones con Ticio, mi buen amigo y eterno contradictor, éste me espetó: ¡qué soberana estupidez, Alejandro! (Sí, es que Ticio no esconde nunca lo que piensa).

Pero, superado el estupor inicial, le pregunté por qué lo consideraba así. Y Ticio, contestó que en rigor nuestra fórmula legal de justificación por necesidad no distingue los casos que propongo (“*este rollo alemán del estado de necesidad defensivo y agresivo...*”) y que, por lo tanto, “lo único importante” es que allí, en el mundo de lo objetivamente sensible o perceptible, “quede” en beneficio de todos, un mal menor que aquel que amenaza. Y cualquiera fuere la fuente de peligro o el sujeto destinatario de la reacción. Grave, hiriente y con evidente desdén, me aconsejó que dedicara mi tiempo y atención a cuestiones “*más estimulantes o productivas*” y que me olvide de una buena vez de todo esto y también de aquellas otras pavadas que suelo escribir.<sup>345</sup> Le contesté, dolido pero convencido, que el hecho de que la ley no las distinga expresamente, no quiere decir que en ella y, más importante, en la realidad, no existan estas dos situaciones de estado de necesidad justificantes y que, merecen, a mi juicio, atención y trato diferenciado. Y que la misma ley que obliga a comparar (como Ticio bien advirtió), *males* y no bienes o intereses, impone al intérprete la obligación, y el desafío, de ponderar si un mal es mayor (o no) que el otro y, por lo tanto, si, por ejemplo, frente a bienes de igual jerarquía o valor en juego, aquel *mal* que se causa en estado de necesidad defensivo puede ser *menor* que aquel que podría causar en estado de necesidad agresivo con una misma respuesta. Es decir, sumando como circunstancia o como realidad a ponderar, por un lado, la responsabilidad por la generación del peligro y, por el otro, la decisión (valiosa) de no intervenir lesivamente en la esfera de un tercero no implicado.

Ticio, que evidentemente no estaba en su mejor día, me dijo que no entendía lo que quería decir, que le pusiera algunos ejemplos (lo que, debo decir, me alivió y regaló alguna esperanza).

Contesté que en el *caso del perro*, en la primera formulación y en la variante 1, el mal que amenaza al necesitado es el de la lesión de su propio animal (*el pichicho*). Sostengo que si el necesitado plantea la solución al conflicto en la forma de estado de necesidad defensivo (enfrentando el riesgo a sus expensas y a su suerte sin involucrar a la viejita) tiene una capacidad defensiva mayor habilitada por el Derecho. Si lesiona o mata al animal (una acción típica de daño doloso) el *mal* que causa comparado con el que evita es *menor* aunque los bienes en conflicto sean iguales (daño de su propio perro/daño al ajeno). Ello porque el peligro se genera en la esfera de la víctima de la injerencia y también por el contenido de valor (positivo) que implica la acción defensiva mantenida en el contexto inicial sin afectación típica de un tercero (y sí del que fue de algún modo responsable del peligro, el dueño del perro).

---

<sup>345</sup> Se refiere, entre otros, a mi trabajo “Acción en sentido penal y movimientos anormales...” ya citado, que Ticio siempre abominó (por insólito), y que a mí me gusta mucho.

En cambio, si el necesitado elige plantear el conflicto como un estado de necesidad agresivo, afectando “a la viejita que pasaba por allí” (lesionándola levemente) su defensa no estará nunca justificada, si lo que estaba en peligro era sólo su perro. Y tampoco lo estará si lo que peligraba era su propia integridad física, pues a la comparación igual de los bienes jurídicos en juego (derecho a la integridad física propia y a la de *la viejita*) se agregan como aspectos negativos a la cuenta del necesitado, la infracción del deber negativo, la infracción al principio de que cada uno debe asumir lo que le toca y el desplazamiento del conflicto a la esfera ajena, con mayor conmoción social (desorden, alteración de la paz).

Mi amigo quedó entre estupefacto y incrédulo. En todo caso, no lo noté para nada convencido con mi explicación. Y se fue, murmurando algo que preferí no escuchar...

Pero dejemos, por ahora, a Ticio y volvamos sobre mi preocupación esencial.

Creo que hemos avanzado. *La distinción entre las tres situaciones de necesidad partiendo de los distintos grados de incumbencia por el peligro* (si responsable pleno o preferente) o por el conflicto - por la situación de necesidad- del necesitado (*competente mínimo primero* por el peligro y *competente pleno luego* por la situación de necesidad) o del tercero auxiliador (allí donde se lo reconozca), o por ninguno de ellos (inocente), nos permite responder a dos preguntas fundamentales:

**a) quién** es el jurídicamente indicado para asumir “los costes” de ese peligro (en virtud del *principio de responsabilidad por el propio acto organizador* o en virtud del *casus* que atribuye al necesitado una *competencia* por ese conflicto) **y; b) cuánto** (es decir cual es la medida y el alcance del derecho de salvaguarda y de su correlativo deber de sacrificio). Ello tendrá una importancia esencial, en mi propuesta, a la hora de comparar dos *males*, que es lo que la ley nos llama a hacer.<sup>346</sup>

---

<sup>346</sup> Resulta interesante, según creo, comprobar que en el Código de Hamurabi (1728 a.c. a 1686 a.c.) ya están claras las atribuciones que cabe hacer, ora por el principio de responsabilidad, o por solidaridad (voluntariamente asumida) o por competencia en virtud del *casus*. Y se trata alguna situación de necesidad.

Así, por ejemplo: *a) responsabilidad*: “Ley 53: si uno, negligente en reforzar su dique, no ha fortificado el dique y producido una brecha en él y la zona se ha inundado de agua, éste restituirá el trigo que ha destruido”. “Ley 54: si no puede restituir el trigo se venderán su persona y bienes por dinero y las personas a las que el agua llevó el trigo, se lo repartirán”; “Ley 55: si uno abrió zanja para regar, y luego ha sido negligente, si el campo limítrofe se inundó de agua y se llevó el trigo del vecino, le restituirá tanto trigo como poseía el vecino”. “Ley 153 si uno conoció (penetró) a su hija, se lo expulsará de la ciudad”. “Ley 155: si uno eligió novia para su hijo y su hijo la ha conocido y luego él se acostó con ella y ha sido sorprendido, se lo arrojará al agua. “Ley 195: si un hijo golpeó al padre, se le cortarán las manos.” “Ley 196: si un hombre libre vació el ojo de un hijo de un hombre libre, se le vaciará su ojo”; “Ley 197: si le quebró un hueso, se quebrará su hueso. “Ley 206: si un hombre en riña hirió a otro, este hombre jurará: ‘no lo he herido a propósito’ y pagará el médico”.

## Capítulo VI. ¿Qué liberal eres? Diálogo con Ticio y una carta.

(libertad) es para cada uno el derecho de dar su opinión, de escoger su industria y de ejercerla; de disponer de su propiedad, de abusar de ella incluso; de ir y venir, sin requerir permiso y sin dar cuenta de sus motivos o de sus gestiones. Para cada uno es el derecho de reunirse con otros individuos, sea para dialogar sobre sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieren, sea simplemente para colmar sus días y sus horas de un modo más conforme a sus inclinaciones, a sus fantasías. Finalmente, es el derecho, de cada uno, de influir sobre la administración del gobierno, sea por el nombramiento de todos o de algunos funcionarios, sea a través de representaciones, peticiones, demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración. (Constant)<sup>347</sup>

### 1. Introducción:

“... La viejita en la plaza no podía salir de la impresión. Quedó muy alterada, dolorida y levemente lastimada. *Ese sujeto que la atacó* logró su doble objetivo de alejar al perro bravo y de conservar su cuerpo incólume y volvió para entregarle el maltrecho bastón. La viejita le reprochó su decisión, con voz pequeña pero vehemente: ¡qué te piensas, grandote; defiéndete solo! ¿Qué te da derecho a usarme así?” (Caso 1.2. –perspectiva del inocente afectado-).

“... Cuando Benicio despertó en una cama del Hospital, no entendía nada. Ni dónde estaba, ni por qué. Sólo recordaba que había acudido a la guardia para un examen de rutina, que un médico *gritó algo* y que había sido *literalmente atrapado* y sujetado por dos grandotes. Luego..., la oscuridad. Sentía un leve dolor en su glúteo izquierdo y en una parte de la pierna. De ese lado... Se palpó con cuidado. Estaba vendado. Una enfermera apareció en la habitación, se le acercó y con una gran sonrisa le dijo: “el paciente quemado está muchísimo mejor, y agradece sinceramente su piel.” (caso 3.1. ídem).

b) *Solidaridad asumida en contrato*: “Ley 48: si uno se ha obligado por una obligación que produce intereses y la tormenta (Hadad), ha inundado su campo y llevado la cosecha, o si faltó de agua el trigo no se ha levantado sobre el campo, este año no dará trigo al acreedor, empapará su tableta y no dará el interés este año” (empapar la tableta, mojarla, era destruirla, porque los contratos privados se hacían sobre tablas de arcilla no cocidas, ver nota 70). “Ley 152. Si después que ella entró en casa del hombre, una deuda los apremia, pagarán al negociante los dos”.

c) *Casus*: La ley 278: “si uno compró un esclavo varón o hembra y antes del mes una enfermedad de parálisis lo ataca, devolverá el esclavo al vendedor y recuperará su plata” (entre muchas otras).

d) También se tratan *situaciones de necesidad*: “Ley 134: si uno ha sido tomado prisionero y en su casa no hay qué comer, si su esposa entró en la casa de otro, esta mujer no es culpable.” “Ley 135: si uno ha sido tomado prisionero y en su casa no hay qué comer y si cuando él vuelve su esposa entró en casa de otro y tuvo hijos, la mujer volverá con su primer marido; los hijos seguirán a su padres respectivos.” (CÓDIGO DE HAMURABI, ed. de Castro Dassen y González Sánchez (a partir de las traducciones de Scheil), Librería del Jurista, Buenos Aires, 1982).

<sup>347</sup> CONSTANT, Benjamin, «Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos» (pronunciado en el Ateneo de París, 1819), *Revista de Estudios Públicos*, No. 59, invierno de 1995.

El liberalismo fue una respuesta a la opresión. Se le reconoce, en general, su preocupación por el individuo, por la significación que cada persona tiene por el sólo hecho de serlo (por su dignidad), por su acento en el valor moral de cada uno, por la importancia que da a todos los derechos individuales, y no sólo, claro, a la libertad. También, y por lo general, se valora su preocupación principal: que las personas debemos estar protegidas contra el ejercicio del poder. Particularmente contra el ejercicio del poder Estatal, pero también, como en los casos anteriores, contra aquel que unos puedan ejercer sobre otros. Todo ello es bien cierto.

Pero, por otro lado, los liberales admitimos, o deberíamos admitir, que si en algo parece haber fallado la teoría liberal es en su limitada capacidad para describir y para tratar aquellas formas de responsabilidad que las personas tenemos en sociedad simplemente por el hecho de ser seres sociales y de vivir con los otros.<sup>348</sup> Quizá el ataque más fuerte en este sentido fue el de Alasdair Mac Intyre cuando, ya en 1981, postuló que al poner el foco en el individuo, el liberalismo ha sencillamente fallado en proveer una adecuada explicación de las relaciones sociales. Es que, afirma, la responsabilidad moral es, básicamente un concepto social que requiere tener en cuenta especialmente, y en el centro, a la comunidad.<sup>349</sup>

Su trabajo alimentó, en esa década y en los 90, toda una nueva corriente de pensamiento, *el comunitarismo*, que sin dejar de ser una forma del liberalismo, puso su foco en virtudes éticas con contenido o expresión eminentemente social: la solidaridad -o sus formas más cualificadas o intensas -la fraternidad, el altruismo-, el sentido de pertenencia al grupo, el reconocimiento recíproco, etc. El comunitarismo es, así: “una forma de liberalismo que busca armonizar los requerimientos sociales con los individuales.”<sup>350</sup>

Evidentemente, el punto de partida de los liberales y de los comunitaristas es distinto. Los primeros consideramos que en tanto individuos, nos relacionamos e interaccionamos con

---

<sup>348</sup> KAHN, Paul, *El liberalismo en su lugar*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2018. Paul Kahn es un catedrático de Derechos humanos de la Universidad de Yale. Y uno de los que releva claramente este defecto de los liberales. En este libro, afirma que el liberalismo ha triunfado en el reconocimiento de los valores que sostiene y reivindica (...) pero que “hay que ponerlo en su lugar” porque fracasa como teoría política (48). Haciéndose cargo de la crítica utilitarista, dice que los valores liberales no explican las condiciones que vinculan a un sujeto a una comunidad ni a ésta con un proyecto histórico sustentable. (KAHN, 31)

<sup>349</sup> KAHN, 63: “Los comunitaristas (por ejemplo Sandel) acusaron a los liberales de no poder ofrecer una concepción sustantivamente rica del sujeto y de debilitar a las comunidades dentro de las cuales la formación de la identidad es un proyecto que se refuerza mutuamente... No se debe comenzar, dicen, ‘tras el velo de la ignorancia’ como propone Rawls (eso es ‘comenzar desde ningún lugar’ -Nagel-), sino (que hay que comenzar) desde el punto de vista de un sujeto que ya tiene una identidad dentro de múltiples comunidades: familia, localidad (comunidad), iglesia, lugar de trabajo, nación...”

<sup>350</sup> Para esto, SMITH, Patricia, “Individualism and Social Responsibility; Reflections on recent work by French and May”, *Social Theory and Practice*, Fall 1994; 20,3; ProQuest, 363-380. Aquí, 363 y 373.

otros en comunidades, grupos, etc., realizando nuestros aportes pero sin perder nuestra individualidad. Los comunitaristas consideran, examinan y valoran las acciones de los sujetos desde un punto de vista estrictamente comunitario. Aquí se defiende la idea de que el individuo tiene derechos y deberes propios derivados de su condición de persona (de individuo) y, asimismo, derechos y deberes en cuanto miembro de la comunidad o de la sociedad. Pero los últimos de ningún modo prevalecen sobre los primeros.<sup>351</sup> Por el contrario, una condición de factibilidad del aporte o el compromiso social es el cuidadoso respeto a la autonomía individual y a la dignidad de la persona. Sin ello, *el comunitarismo amoroso se convierte en colectivismo, y ya no somos más que esclavos de otros.*<sup>352</sup>

Sin desconocer la importancia de la crítica comunitarista ni los aportes que ha hecho (ya señalar los defectos o carencias del liberalismo, es uno de los más importantes), quizá esos defectos no resulten tan atribuibles (tan imputables) al *liberalismo clásico*, en las versiones de Kant y de Mill, por ejemplo, y sí a los liberales más individualistas (“*atomistic individualists*”) que, sin duda han subestimado la significación y la extensión del rol social del individuo, de sus obligaciones y, por tanto, de sus deberes positivos, generales y especiales.<sup>353</sup>

Eso no puede decirse de Mill y de Kant. Ambos reconocen, muy claramente, la existencia de *deberes sociales positivos tanto generales como especiales*. Pero la cuestión será: primero, decidir cuál está primero si el derecho o el deber (su orden o prevalencia); segundo, su alcance o extensión (si el llamado *deber de solidaridad*, por ejemplo, puede afectar o eliminar el derecho a la dignidad que tenemos por el hecho de ser personas); tercero, reconocer que cualquier limitación a la libertad, a la autonomía, es eso: una pérdida o una limitación de la libertad o de la autonomía, nada más y nada menos. Y, entonces no ocultarla

---

<sup>351</sup> Para una postura distinta, que privilegia el bien común sobre el individual, véase, por todos, Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

<sup>352</sup> Una breve pero entusiasta arenga en contra de la individualidad puede leerse en un reciente artículo del escritor Rodolfo Rabanal: “...el logro psicopolítico más sorprendente del neoliberalismo: (es) haber conseguido que cada persona se sienta un individuo, exclusivo y responsable de su destino, independiente de todo sometimiento laboral colectivo y dueño de sus decisiones personales como si no existieran los otros o los fenómenos externos a su voluntad pero capaces (aunque él no lo crea) de alterar la realidad de su entorno e incluso los diseños más privados de su intimidad”. Rabanal, Rodolfo, “Los runners y la anticuarentena”, contratapa del diario *Página 12* del 25 de junio de 2020.

<sup>353</sup> Tomo la denominación *atomistic individualists* de Smith. Asimismo dice: “The failure to develop an account of *special positive duties* is a failure of liberal theory, but is a sin of omission, and a correctible one (or so it seems to me) since general framework is already built into the foundations of liberal theory in the form of the distinction between special and general positive duties. Developing this area could provide for some desperately needed understanding” (SMITH, 378).

o disimularla, sino mostrarla como lo que es (una afectación a lo que muchos consideramos uno de los valores esenciales y supremos del ser humano), y decidir entonces si estamos dispuestos a tolerarla y bajo qué argumentos y en qué condiciones (*harmony at the price of freedom?*)<sup>354</sup>. Se trata de saber si en las situaciones de necesidad agresivas, como las planteadas arriba, o si en los casos propuestos por Wilenmann, ese deber de ayudar al otro o de soportar la injerencia del otro, que se predica por lo general mínimo, y de una intensidad relativa realmente distinta al deber de soportar que se tiene por propia responsabilidad (o nacido en la propia responsabilidad), no sólo se convierte en un enunciado más o menos elaborado, sino que resulta reconocido en la solución de los casos prácticos. Y no sólo académicos, claro, sino fundamentalmente “allí donde importa”: es decir en aquellas situaciones a las que esa teoría luego se vuelca o aplica; en la vida real.

## 2. “¿Liberal? Pobre de ti... Y dime, ¿qué liberal eres?”

El hombre nace libre, dijo Rousseau y Joseph de Maistre preguntó “¿qué quiere decir Rousseau con esta estúpida declaración? ¡Es lo opuesto de la verdad... los hombres están encadenados por todas partes!”<sup>355</sup>. En efecto, y bien cierto es: el hombre no nace libre. Por empezar, viene al mundo atado a la madre por un cordón y, para seguir, no existe en la tierra un animal más dependiente y menos capaz de libertad que el niño, y ¡hasta bien crecido! Pero, sin embargo, sin ser el único valor y sin ser absoluto, “*la libertad es la esencia del hombre*”.<sup>356</sup>

A pesar de ello, ser liberal no es fácil, y nunca lo ha sido.<sup>357</sup> La identificación de uno como tal despierta, por lo general y de entrada, muchos cuestionamientos.<sup>358</sup> En lo personal y

---

<sup>354</sup> SMITH, 379. Eso es eliminar la contradicción, dice la autora, negando, suprimiendo, uno de los valores de la ecuación, lo que no puede resultar satisfactorio para ninguno desde que el liberalismo descubrió la importancia de la autonomía. Los roles sociales, las responsabilidades particulares que cada uno tiene en sociedad *vis a vis* el otro o los otros (su comunidad) deben ser presentados y desarrollados contexto por contexto, porque no son universales: “they are significantly context dependent...”.

<sup>355</sup> Y, a la vez Emile Fraguét, parafraseando a Le Maistre agregó que preguntar eso era como preguntar por qué las ovejas, que nacen carnívoras, rumian hierba en todas partes...” (tomo la cita de BERLIN, “Introducción”, en *Sobre la libertad*, 89 nota 48.

<sup>356</sup> BERLIN, “Introducción”, en *Sobre la libertad*, 89. Cita también la Declaración de la Independencia de los EE.UU que declara como derechos inalienables de las personas que: “todo hombre tiene derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad”.

<sup>357</sup> Por lo menos desde que la idea de la libertad nace en el mundo. Sobre ello y sobre las diferencias entre la idea de libertad de los clásicos y la de los modernos, nada mejor, creo, que CONSTANT, Benjamin, «Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», 1819: “La finalidad de los antiguos era compartir el poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria. Estaba ahí lo que ellos llamaban libertad. La

en referencia directa a la tarea que aquí encaro, las principales objeciones contra mi credo liberal<sup>359</sup> son las que mi amigo Ticio me presentó, ya de mejor humor, en uno de nuestros inolvidables encuentros en el bar:

### 3. Diálogo con Ticio y una carta.

#### 3.1. Encuentro con Ticio: preguntas importantes.

*T. ¡Hola Alejandro! Sigues con tu tesis, ¿pero si es como la Sagrada Familia de Barcelona! El templo inacabado de Gaudí...*

A. Sí, Ticio, por cierto. Y como la Sagrada Familia, la voy a terminar, y confío en que será antes de que esa verdadera maravilla alcance todo su esplendor... Y mi tesis (que no será un maravilla), resulte digamos, aceptable.

*T. Estuve pensando en nuestra conversación del otro día y en tu postura liberal. Como tú sabes, no es un credo que comparto... Me gustaría plantearte algunas objeciones, sin ánimo de ser original. Es lo que, más o menos, se dice de los liberales... (frunce la nariz).*

A. Sí, sé que tenemos muy mala prensa..

*T. En efecto, ¡y del todo justificada...! A propósito, estoy apurado y sólo puedo dedicarte unos minutos... pero me tomaría un café y me comería un sandwichito contigo.. me invitas?*

A. Por supuesto Ticio, cuéntame de tus críticas a mi ideario liberal.

*T. (Piensa, apenas...) Bueno, en primer lugar, según creo, hay muchas formas de ser liberal. Primero me gustaría saber qué liberal eres tú.*

A. Es cierto Ticio. No me identifico ni con la ideología libertaria, ni con un liberalismo que asuma a la libertad como un valor exclusivo ni excluyente. Más bien, sí con el liberalismo más clásico, que percibe en la libertad individual, en la autonomía individual, y en la dignidad de toda persona humana valores necesarios, nada menos que para poder ser considerados tales (personas). Y que, además defiende, a capa y espada, un ámbito de autonomía individual libre de la interferencia de los otros (del Estado y de los particulares), para que podamos construir nuestras vidas del modo que elegimos, por cierto que en comunidad.<sup>360</sup> La libertad clásica es la libertad sin interferencia, sin coacción

---

finalidad de los modernos es la seguridad de los goces privados; y ellos llamaban libertad a las garantías acordadas a esos goces por las instituciones.”

<sup>358</sup> Preguntaron a Vargas Llosa ¿Por qué el liberalismo tiene mala prensa? Y contestó: “Porque todas las doctrinas totalitarias han entendido siempre muy claramente que su peor enemigo es el liberalismo democrático, que el liberalismo es el peor enemigo de la demagogia, del autoritarismo, del populismo, del totalitarismo. Entonces su respuesta ha sido tergiversar, caricaturizar, hasta identificar el liberalismo con una ideología reaccionaria, conservadora, que defiende el *statu quo*, algo que es la negación de lo que representa verdaderamente el liberalismo” (VARGAS LLOSA, Mario, “La Nación”, Buenos Aires, 29 de abril de 2018).

<sup>359</sup> “El liberalismo es una doctrina, no es una religión laica. Hay pocas convicciones, pero son muy firmes...”; “la igualdad de oportunidades y su consecución a través de una educación pública de calidad es una idea fundamental del liberalismo...”; “las grandes transformaciones de la democracia son obra del liberalismo. Por ejemplo, el reconocimiento de los derechos de las mujeres, la libertad de expresión o el reconocimiento de la vida sexual privada...”; “el liberalismo incluye también la tolerancia, la certeza de que podemos estar equivocados y que los otros pueden tener razón” (VARGAS LLOSA, Mario, en diario “El Mundo”, 28 de febrero de 2018).

<sup>360</sup> “Para la concepción liberal, los derechos humanos y la idea de una esfera privada en la que soy libre de todo examen, es algo indispensable para ese mínimo de independencia que todo el mundo necesita para desarrollarse,

injustificada, innecesaria o excesiva de los otros sobre mí. Y será innecesaria, injustificada o excesiva, cuando lo que yo haga no afecte lesivamente a un tercero. No es una libertad vinculada a la riqueza, a lo material. Nada tiene que ver con eso.

*T. Pero, si eres liberal tienes que ser un utilitarista y, por tanto, a ti lo único que te interesa es el mayor beneficio para el mayor número, sea ello como fuera.*

A. No soy un utilitarista, Ticio. Y no creo en que la felicidad sea el objetivo principal del hombre ni que lo único importante sea alcanzarla como fuere.

*T. Ummm, lo dudo. En todo caso (y no te enojas), si eres un liberal de veras, pues eres un individualista y un verdadero egoísta. Poco te importa o debería importante “el otro”, y mucho menos la comunidad en la que vives, el bien general o el bien común. Lo único que te miras es tu propio ombligo (lo señala, es decir a mi ombligo). ¿Qué me dices de los otros valores, de la justicia, de la verdad, de la igualdad? ¿Y qué de la solidaridad o del altruismo, o de la fraternidad? Seguramente que abominas de todo ello”.*

A. ¡En absoluto Ticio! Los considero a todos valores importantes, algunos de ellos (la justicia, por ejemplo) tan importantes como la libertad. Pero sí es cierto que para la justicia o para aquella igualdad en la que también creo y que defiendo (me refiero a la igualdad ante la ley y la igualdad de oportunidades) habrá que pagar muchas veces un precio en términos de libertad. Las limitaciones a la libertad, por las razones que fueren, no son otra cosa que eso: limitaciones a la libertad.<sup>361</sup>

*T. No lo entiendo, ya me lo explicarás. Pero estoy apurado, como te dije. Antes de partir (a propósito, el sandwichito de jamón, morrones y huevo, estaba buenísimo...) te dejo otra para que te la pienses: Un verdadero liberal no cree en la intervención del Estado y mucho menos de un Estado como distribuidor de la suerte y de la desgracia para sostener a los que sufren, para salvar a los desgraciados y a los menos favorecidos. Tú no crees en una sociedad igualitaria, sólo en una de ganadores y de perdedores.*

A. En efecto, en eso tienes razón Ticio. No creo que el Estado tenga mucho que hacer más que mantener el orden y, precisamente, asegurar las esferas de libertad y, de ese modo, nuestra autonomía y dignidad. Y con nuestros impuestos, hacer que las prestaciones esenciales (justicia, educación, salud, seguridad) funcionen para todos. Tampoco creo en un Estado distribuidor de la suerte y de la desgracia. En rigor más bien de la desgracia, porque, la verdad es que a la suerte nunca la vi “distribuida” por ningún lado... Y, en efecto, no creo en una sociedad de individuos iguales. Sí en una en la que todos tengamos oportunidades de mejorar, de superarnos y de realizarnos conforme al propio plan de vida que elegimos, en libertad.

Pero ya te vas, y tus cuestiones son lo suficientemente profundas e importantes para contestarlas a las apuradas... Te mandaré un correo con mis respuestas para que las examines y para que me digas lo que piensas. Sabes que valoro mucho tu opinión.

*T. Está bien, Alejandro. Espero tu e-mail. Muchas gracias por el “tentempié”. ¿Pagabas tú no? Se levanta. Y se va.*

### **3.2. Mi carta a Ticio:**

---

cada cual a su manera; porque la diversidad es la esencia de la raza humana y no una circunstancia pasajera.” (BERLIN, “Libertad”, en *Sobre la libertad*, 324).

<sup>361</sup> Puede que la libertad tenga que limitarse para hacer sitio a otras cosas buenas: seguridad, paz, salud: o que haya que limitar la libertad de hoy para hacer posible una libertad mayor mañana; pero reducir la libertad no es servirla y la compulsión, al margen de lo justificada que esté, es compulsión y no libertad (BERLIN, op. cit., 323).



Muy querido Ticio:<sup>362</sup>

Te agradezco el intercambio del otro día y, como te dije, creo que merece la pena que intente una respuesta a esas graves imputaciones que en general se hacen a los liberales y que tú tan generosa y precisamente has identificado. Ninguna es necesariamente cierta, y todas resultan exageradas. Confío en haber tomado fiel nota de ellas y, por supuesto, espero tus reacciones o comentarios. Allí voy:

a) *“Si eres liberal tienes que ser un utilitarista y, por tanto, a ti lo único que te interesa es el mayor beneficio para el mayor número, sea ello como fuera”.*

Pues como te dije, el liberal que esto escribe no es un utilitarista. Es un error común confundirlos. Un liberal no es, necesariamente, un utilitarista. Un liberal pone en relieve la libertad de alcanzar resultados; el utilitarista, más bien, los resultados obtenidos; y como fuere. De hecho aquellos liberales que han marcado mi credo, no son utilitaristas y han sido críticos de esa ideología, para nombrar sólo a algunos: John Stuart Mill, Immanuel Kant o Isaiah Berlin. Tomaré de ejemplo al primero, que además es mi preferido: John Stuart Mill, fundador de lo que conocemos como el liberalismo moderno. Era el destinado a ser el sucesor de Jeremías Bentham y de su utilitarismo feroz y obstinado. Pero, aunque se lo etiquete como un “utilitarista”, a que escribió un libro con ese título, y aunque conserve algún rasgo de él en sus planteos, su obra cumbre, *Sobre la libertad*, no muestra precisamente a un utilitarista. Y resulta muy claro que fue su experiencia de vida la que lo llevó a alejarse de Bentham.

Verás. Mill tuvo una infancia rica en aprendizajes pero muy desgraciada. Su padre, James Mill era discípulo dilecto de Bentham y, como él, un racionalista empirista convencido. Creía que el hombre era un objeto natural que podía ser estudiado y sistematizado, tanto como las plantas o como los animales. Lo que había que hacer era educarlo, preservarlo tanto de la ignorancia cuanto de la debilidad, que eran los principales responsables de los todos vicios de la humanidad. Y fue el padre quien se ocupó de la extraordinaria educación del niño. John Stuart no fue a la escuela, pero que a los cinco años sabía griego y a los nueve álgebra y latín. La *receta* incorporó a las ciencias naturales, a las ciencias duras, y a la literatura clásica entre otras disciplinas. El único contacto del joven con *algo distinto* al conocimiento puro y duro, fue la música, que su padre consideraba un pasatiempo que no podía atentar contra la visión del mundo *real*. Pero Mill no tuvo acceso ni a la religión, ni a la metafísica y, apenas, a la poesía, es decir a nada de lo que Bentham había condenado como obra de la idiotez y del error humanos.

Lo que surgió de ese verdadero “experimento” fue lo que podía esperarse... Un verdadero genio racional y un absoluto monstruo emocional. Y así fue como, todavía joven, Mill cayó en una enorme, agónica y desesperada crisis depresiva. El disparador de la crisis resultó muy simple pero brutal: John Stuart se preguntó un día cuál era el fin de la vida, *y de su vida*, y si de veras ese ideal Benthaniano de la “felicidad universal”, que había perseguido y en el que había creído con todas sus fuerzas, colmaba sus deseos. La respuesta, previsible, fue un “no” rotundo. Se vio asimismo como un ser monstruoso, perfectamente racional pero desprovisto de emociones. Su capacidad emocional estaba anquilosada, mientras que su inteligencia aparecía súper desarrollada. Eso *“hasta que un día, leyendo una historia patética en las memorias del escritor francés Marmontel, hoy prácticamente olvidado, rompió bruscamente a llorar. Esto lo convenció de que podía sentir emociones; y con este descubrimiento empezó su restablecimiento, el*

---

<sup>362</sup> Pregunté una vez al bueno de Ticio por su nombre. Contestó que a su padre, también abogado, le gustó desde las prácticas de Derecho Romano y que él (Ticio) agradecía que no se hubiera decidido por “Cayo” o por “Apolonio”. Me advirtió, además, que la elección no tenía que ver con el personaje de la mitología griega. En ella, según averigüé después, Ticio es un gigante abatido e inmovilizado, condenado a que los buitres comieran su hígado eternamente por un torpe y frustrado intento de violación de Leto, madre ¡nada menos...!, que de Apolo y Artemisa. La advertencia de mi contradictor en este trabajo, no era inocente y, mucho menos fútil. Expresaba que no sería tan torpe, y que no se dejaría vencer tan fácilmente, como efectivamente ocurrió. No tengo más que palabras de agradecimiento a tan espléndido antagonista.

cual tomó la forma de una revuelta lenta, callada y difícil, pero profunda e irresistible, contra la visión de la vida inculcada por su padre y los discípulos de Bentham”.<sup>363</sup> Y así cierto es que Mill siguió a Bentham en su lucha contra el dogmatismo, el trascendentalismo y el oscurantismo y fue también, como sus inspiradores, un fiel exponente de la escuela racionalista y empirista inglesa. Pero su concepción del hombre sufrió un cambio y un distanciamiento dramáticos. “No llegó a ser un apóstata del movimiento utilitarista, pero sí un discípulo que abandona silenciosamente su congregación, conserva lo que considera válido de él pero sin sentirse atraído por ninguna de las reglas y principios del movimiento”.<sup>364</sup> La felicidad, en Mill, Ticio, sigue siendo el fin de la existencia humana, pero no a partir de la utilidad, sino de un cúmulo de condiciones que la podían hacer, acaso, posible. Lo que más valoraba Mill, muy lejos de una simple ecuación de “costos y beneficios”, era la diversidad, la diferencia, la posibilidad de elegir entre distintas alternativas, la originalidad, la plasticidad, la chispa indescriptible del genio individual, la espontaneidad, la singularidad de un hombre, de un grupo o de una civilización. Aquello a lo que más temía, y que combatió siempre, fue la uniformidad, la mezquindad, la persecución de las ideas, la opresión del individuo por el peso de la autoridad, de la costumbre o de la opinión pública.

El credo fundamental de Mill no es, por tanto, ni de lejos, el utilitarismo. Sus mentores creían que la educación y las leyes eran los caminos a la felicidad y la finalidad era siempre que el mayor número posible de hombres recibieran una felicidad duradera, o incluso se liberaran del dolor, sin importar el medio de conseguirlo. Así, dice Berlin, que “*si se hubiere encontrado una pastilla que llevara a esa felicidad del mayor número por un camino bien corto, esos hombres fanáticamente consecuencialistas, la hubieran aceptado como una alternativa mejor a la del estudio y el apego a la ley, por resultar más eficaz y menos costosa*”.<sup>365</sup> Pero Mill no.

Mill no fue un consecuencialista fanático, *ni siquiera uno convencido*. Para Mill el hombre se diferencia de las bestias no tanto por su inteligencia y por su habilidad para inventar instrumentos, sino *por su capacidad de elegir entre distintas alternativas y por su capacidad de experimentar*. Por su posibilidad de elegir, Ticio, y no sólo de ser elegido; por ser jinete y no cabalgadura, por ser buscador de fines que cada uno persigue a su manera y no únicamente de medios.

Mill creía en la diversidad no en la uniformidad. Cuanto más variadas, coloridas y dispares las formas de vida, tanto más ricas resultarán las nuestras y también nuestras oportunidades. La aparición de cosas nuevas e inesperadas, la posibilidad permanente de cambio, de orientar nuestros destinos en una dirección nueva e inexplorada. ¡De descubrir!

Por eso Mill fue el gran defensor de la libertad individual, en especial, pero no únicamente, de la libertad de expresión. Defendió también, siempre influenciado por su amadísima esposa, los derechos de la mujer, de los trabajadores, de los pueblos coloniales, de los desesperados, de los herejes, en fin, de los oprimidos.<sup>366</sup> Coincidirás entonces Ticio en que “*...cuesta pensar entonces, al ver todo esto, que la utilidad (que mira los costes) y no la libertad y la justicia (al precio que fueran) fue lo que él buscó primordialmente*”.<sup>367</sup> Ya muerto su padre, en un

<sup>363</sup> BERLIN, “John Stuart Mill y los fines de la vida”, en *Sobre la libertad*, 260.

<sup>364</sup> *Ibidem*.

<sup>365</sup> BERLIN, op. cit., 261.

<sup>366</sup> “Las dictaduras fomentan la opresión, fomentan la servidumbre, fomentan la crueldad: más abominable es el hecho de que fomentan la idiotez. (...) Combatir esas monotonías está entre las muchas tareas del escritor”. Discurso citado en RODRÍGUEZ MONEGAL, Emir, “Borges and Politics”, *Diacritics*, Vol. 8, 1978, 66).

<sup>367</sup> BERLIN, 263. Para la importancia que Mill reconoce a La Justicia en su sistema moral, ver especialmente el último capítulo de *El Utilitarismo*. Cito aquí, al sólo efecto ilustrativo, este párrafo: “Mientras que yo discuto las pretensiones de cualquier teoría que establezca un criterio imaginario de justicia no fundado en la utilidad, considero, al mismo tiempo, a la justicia que está fundada en la utilidad como la parte más importante, e incomparablemente más sagrada y vinculante, de toda la moralidad. La justicia es el nombre de ciertas clases de reglas morales que se refieren a las condiciones esenciales del bienestar humano de forma más directa y son, por

ensayo sobre Bentham, Mill dice que la felicidad (o la utilidad) no tienen sentido como criterio de conducta, destruyendo así, de un soplo, la pretensión más importante del sistema del maestro.<sup>368</sup> El fin último en Bentham es muy claro (la mayor felicidad para el mayor número, al costo que sea). Para Mill es la felicidad, es cierto, pero de una manera más rica, compleja e indefinida y, por cierto, incorporando “ingredientes” ausentes en Bentham y que los comunitaristas reclaman con ardor: el amor, el rechazo al odio y a la desigualdad, el deseo de justicia, de libertad, de poder, de belleza, de conocimiento y de sacrificio. De hecho cuando Berlin identifica los valores más elevados en la obra de Mill no habla de la “utilidad”, sino “de la libertad, de la variedad y de la justicia”.<sup>369</sup>

Y Mill comprendió que esos valores no podían ser posibles frente al terrible peso de la opresión social (de ahí su persistente proclama en favor de la tolerancia). Mill, inspirador de Rawls, creía en la posibilidad de descubrir la verdad a partir de la discusión racional, que sólo era legítima en un plano de igualdad y de libertad<sup>370</sup>. Dice: “en un estado imperfecto del espíritu humano, los intereses de la verdad requieren una diversidad de opiniones”.<sup>371</sup>

Lo que mueve a Mill, entonces Ticio, definitivamente, no es la utilidad, sino *la libertad*. Cree fundamentalmente, visceralmente, en la libertad.<sup>372</sup> Es decir “en una rigurosa limitación del derecho de coaccionar” de parte del Estado, pero fundamentalmente de parte de otros hombres (la sociedad democrática, la opinión pública) . Y lo cree porque está seguro de que los hombres no pueden desarrollarse y llegar a ser completamente humanos a menos de hallarse libres de interferencias por parte de otros hombres en un área mínima de sus vidas que debe resultar inviolable. Formula esa conclusión en sus célebres máximas:

“El individuo no ha de rendir cuentas de sus actos a la sociedad, siempre que éstos afecten únicamente a sus intereses personales”<sup>373</sup>; “la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado, justificadamente, a realizar o a no realizar determinados actos... porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o justo”<sup>374</sup>. Se puede ser liberal entonces, querido amigo, sin ser utilitarista. Y te hablé de uno de los pensadores fundamentales de la libertad.

b) *“Si eres un liberal de veras, pues eres un individualista y un verdadero egoísta. Poco te importa o debería importante “el otro”, y mucho menos la comunidad en la que vives, el bien general o el bien común. Lo único que te miras es tu propio ombligo. ¿Qué me dices de los valores, de la justicia, de la verdad, de la igualdad? ¿Y qué de la solidaridad o del altruismo, o de la fraternidad? Seguramente que abominas de todo ello”.*

---

consigniente, más absolutamente obligatorias que ningún otro tipo de reglas que orienten nuestra vida. De hecho, la idea que hemos averiguado que constituye la esencia de la justicia, a saber, un derecho que posee un individuo, implica y testimonia esta obligación más vinculante” (MILL, *El utilitarismo...*, 131).

<sup>368</sup> MILL, John Stuart, *Essays on Bentham and Coleridge*, 1838, ed. Jonathan Bennet, 2017. Leemos allí, “Bentham no fue un gran filósofo, pero sí un gran reformador de la filosofía; fue un filósofo destructivo, de aquellos que pueden identificar lo que es falso, pero no lo que es verdadero..., que detecta contradicciones y absurdos. Fue esencialmente, una mente práctica...”.

<sup>369</sup> BERLIN, 265.

<sup>370</sup> BERLIN, 271

<sup>371</sup> MILL, “On liberty...”, 2/257

<sup>372</sup> MURPHY, “Marxism and retribution”, 223: “los teóricos liberales no ven al hombre esencialmente como un maximizador de satisfacciones y placeres, como un maximizador de utilidad. Se inclinan, de varias maneras, por adoptar un modelo distinto del hombre. El hombre como ser libre o creador espontáneo, el hombre como ser autónomo.”

<sup>373</sup> MILL, *On liberty*, 5/292.

<sup>374</sup> MILL, *On liberty*, 1/223-224.

“El sentido fundamental que tiene la libertad es estar libre de las cadenas del encarcelamiento y de esclavización por parte de los otros... desear ser libre es querer eliminar obstáculos; luchar por la libertad personal es querer disminuir la interferencia, la explotación y la esclavización de los hombres que tienen sus propios fines, y no los de uno mismo”.<sup>375</sup> Eso es en lo que creo. Sin embargo, como dije, la libertad no es el único valor que puede o que debe determinar la conducta. No es un valor absoluto. Una libertad puede abortar otra, obstruir o dejar de crear condiciones que hacen posibles otras libertades. Se afirma que la libertad de un individuo o de un grupo pueden no ser compatibles con el grado de participación en la vida común o con las exigencias que esto lleva consigo tanto de cooperación como de solidaridad. Pero sí es que percibo a estas últimas, un tanto exageradas, diría, si me lo permites, *infladas*. Por lo demás en una sociedad que se pretende liberal existe la necesidad capital de favorecer otros valores, no menos últimos, principalmente la dignidad y el valor de la justicia, pero también los de la felicidad, el coraje, el amor, la realización de las capacidades para crear nuevas cosas, experiencias o ideas y el descubrimiento de la verdad.<sup>376</sup>

c) *“Un verdadero liberal no cree en la intervención del Estado y mucho menos de un Estado como distribuidor de suerte y desgracia para sostener a los que sufren, para salvar a los menos favorecidos. Tú no crees en una sociedad igualitaria, sólo en una de ganadores y de perdedores”.*

Esa te la concedo Ticio, en toda su extensión. La experiencia vivencial, la aventura y el desafío personal que cada uno encara como experiencia de vida (y para ello debe ser libre), termina compartiéndose con los otros. Pero primero está “la posibilidad de ser” y, luego, “la de compartir con los demás”. O “de parecer para” o “de aparecer con” los demás. Creo profundamente en la diferencia. A los liberales nos gustan las diferencias entre las personas y, por lo general, abominamos de la igualdad artificial o construida. Creo en una sociedad de igualdad de oportunidades, no de pensamientos. Tampoco en una igualdad de largos de pelos, de alturas o de colores de piel. Creo que el Estado, es acaso un mal necesario en una sociedad moderna. Pero su abolición, desaparición o reemplazo (*a la Nozick*) no me parece deseable ni posible. Creo que un Estado (o el gobierno del Estado) debe limitarse básicamente a conservar el orden y la paz y a “asegurar los beneficios de la libertad”, tal como el preámbulo de nuestra Constitución declara con particular belleza. En mi experiencia, como te dije cuando nos vimos, el Estado distribuidor de suerte y de desgracia es más un mito que una realidad. Lo que vemos (sobre todo por estos lares...), es distribución de riqueza sacándoles no a los ricos, que no dejan de serlo, sino a las clases medias para darles primero a los amigos o favorecidos por el poder, y luego las migajas sobrantes a los pobres. Eso no sólo es inútil, sino moralmente insoportable. Lo que conozco Ticio, y tu experiencia debe ser similar (aunque te niegues a verla), es un Estado elefantiásico (pero que no para de crecer), muy corrupto y absolutamente ineficiente. No tenemos lo más mínimo a pesar de que pagamos exorbitantes impuestos: ni seguridad, ni justicia, ni educación, ni salud. ¿Soy partidario de un Estado tan potente como inútil y voraz? Definitivamente no.

Ya es tarde, Ticio, me voy a dormir. Te abrazo y espero, ansioso, tu respuesta.

(Pero la esperada respuesta nunca llegó).

Entonces, ¿qué es lo que tengo *derecho* a exigir a otro en una situación de necesidad? ¿Qué entrega, qué sacrificios resultan demandables (y deseables) y constituyen para el tercero

<sup>375</sup> BERLIN, “Introducción”, en *Sobre la libertad*, 86.

<sup>376</sup>BERLIN, 86: “ignorar esos valores, puede producir males por lo menos tan grandes (como la pérdida de la libertad)”.

una obligación, *un deber* impuesto por el Estado bajo coacción y que, por ende, debemos cumplir? ¿Qué sacrificios resultan tolerables en un mundo en el que somos cada vez más interdependientes, en el que tenemos cada vez más “Estado presente” y, acaso, no en el buen sentido, o en el sentido en el que estaríamos dispuestos a que lo estuviera? Presente, tanto en sus manifestaciones más eficientes y útiles (muy escasas, lamentablemente) como en las más ineficientes e inútiles. No quiero lo primero, tampoco lo último. Pienso, más bien, en un Estado si bien no ideal (perdónenme, pero esto de las utopías no casa mucho con los liberales...) que se manifieste fundamentalmente preocupado por asegurar la paz y las libertades de los ciudadanos, socialmente activo en la prestación de las necesidades básicas de alimentación a aquel no puede procurar para él y para los suyos siquiera lo mínimo, educación, justicia, salud y seguridad para todos y en un distribuidor sincero, honesto y justo de nuestros aportes en forma de impuestos para favorecer a los postergados y a los más necesitados. Y, respecto de la relación del individuo con la comunidad, aspiro al respeto y al reconocimiento irrestricto e incondicionado de un ámbito mínimo de libertad que me permita reconocirme y ser reconocido persona (en toda mi dignidad) y a expresarme en sociedad con lo mejor de toda mi individualidad.<sup>377</sup>

Ese ámbito mínimo de reserva individual fue explicado y reclamado, como nadie, por John Stuart Mill. Esa dignidad y la prohibición de la utilización de unos en beneficio de otros fue explicada y fundamentada, como nadie, por Immanuel Kant. Sobre ellos dos construiré mi propuesta. Veamos entonces los aspectos de sus teorías que más interesan, aquí, es decir para mi propio desarrollo.

---

<sup>377</sup> “¡Eh!, señores, no somos ni persas sometidos a un déspota, ni egipcios subyugados por sacerdotes, ni galos pudiendo ser sacrificados por sus druidas, ni finalmente griegos y romanos cuya parte en la autoridad social consolidaba la servidumbre privada. Somos modernos que queremos disfrutar cada uno de nuestros derechos; desarrollar cada una nuestras facultades como mejor nos parece, sin perjudicar al prójimo; velar por el desarrollo de esas facultades en los hijos que la naturaleza confie a nuestro afecto, que será tanto más ilustrada cuanto más viva, sin necesidad de ninguna autoridad si no es para conseguir de ella los medios generales de instrucción que puede proporcionarnos, como los viajeros aceptan la autoridad vial, sin ser por ello dirigidos en el camino que quieren seguir.” CONSTANT, Benjamin, “Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, 1819.



## Capítulo VII. La libertad. ¿Qué libertad? Mill y Kant.

### 1. La Libertad clásica: libertad negativa: John Stuart Mill

*“...la única libertad que merece tal nombre  
es la de perseguir nuestro propio bien  
a nuestra propia manera,  
siempre y cuando no intentemos privar al otro del suyo  
o impidamos sus esfuerzos por alcanzarlo”  
(Mill, “Sobre la libertad”, p. 62)*

John Stuart Mill es, sin dudas, uno de los grandes teóricos políticos de la historia y “Sobre la libertad” (“On Liberty”) quizá la obra más célebre de cuantas se hayan escrito sobre la cuestión de la libertad. Mill no se ocupa allí, del “libre albedrío”, sino de *la libertad social o civil*: de la naturaleza o de los límites al poder que la sociedad puede ejercer legítimamente sobre el individuo”.<sup>378</sup> Lo que moviliza y preocupa a Mill no es sólo el gobierno absoluto o la tiranía, sino, especialmente, la coacción que puede ejercerse contra el individuo en las, por ese entonces, nacientes sociedades democráticas. Aquellas en donde “*el pueblo*” ejerce el gobierno de “*sí mismo*” (“*el poder del pueblo sobre sí mismo*”). Y lo preocupa, explica, porque: “los hombres (también) pueden sufrir de las *tiranías de las mayorías* sobre los ciudadanos que las componen”.<sup>379</sup>

---

<sup>378</sup> Dice Mill “... The subject of this Essay is not the so-called Liberty of the Will, so unfortunately opposed to the misnamed doctrine of Philosophical Necessity; but Civil, or Social Liberty: the nature and limits of the power which can be legitimately exercised by society over the individual” (On liberty, Batoche Books, ed. Kichtener, Ontario, 2001, 6). En *Sobre la libertad*, I, 45.

<sup>379</sup> MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, ed. Akal, Madrid, 2014, 50-51. En su alusión a la “tiranía de la mayoría”, apunta en su estudio introductorio Ruiz Sanjuán, se va percibiendo, desde el inicio, la profunda influencia que sobre esta obra ejerció Alexis de Toqueville. Ella constituye uno de los conceptos centrales al analizar los excesos de la democracia en su obra “La democracia en América” (51 nota 2). Explica Mill: “... ‘*el pueblo*’ que ejerce el poder no es siempre el mismo pueblo sobre el que es ejercido; y el ‘*gobierno de sí mismo*’ del que se habla no es el gobierno de cada uno por sí mismo, sino de cada uno *por* todos los demás. Además, la voluntad del pueblo significa, en la práctica, la voluntad de la parte más numerosa o más activa del pueblo, de la mayoría o de aquellos que han conseguido hacerse aceptar como la mayoría. El pueblo, por tanto, puede desear oprimir a una parte de sí mismo y se necesitan precauciones contra esto tanto como contra cualquier otro”. Cuestión ya advertida y subrayada mucho antes por John Locke, a quienes muchos consideran el “punto de partida del liberalismo político”... “el fundador del liberalismo” en su obra mas conocida “Dos tratados sobre el gobierno civil” (1690), fundamentalmente en el segundo Tratado. Allí señala que no sólo los monarcas absolutos pueden ser déspotas... También puede ser despótica una mayoría que se excede en sus facultades y no respeta los derechos de cada uno. Así, queda planteada la posibilidad de una democracia totalitaria. Ver GRONDONA, Mariano, *Los pensadores de la libertad. De John Locke a Robert Nozick*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1987, 22. A principios del siglo pasado, entre las dos guerras, fue Ortega y Gasset quien insistió, como nadie, con esta cuestión: La vieja democracia vivía templada por una abundante dosis de liberalismo y de entusiasmo por la ley. Al servir a estos principios, el individuo se obligaba a sostener en sí mismo una disciplina difícil. Al amparo del principio liberal y de la norma jurídica podían actuar y vivir las minorías. Democracia y ley,

Mill se ocupa de lo que hoy conocemos como *libertad negativa* (*the freedom from interference*) es decir de aquella que se refiere a todo tipo de injerencia o de coacción *arbitraria* sobre el individuo, venga de quien venga, tanto si es del Estado, como de sus pares. Debe haber cierta esfera de reserva, cierto ámbito o espacio individual libre de interferencias, que resulta preciso mantener protegido, a resguardo, de esa interferencia:

*“en una esfera de acción en que la sociedad, como algo distinto del individuo sólo tiene un interés indirecto, si es que tiene alguno... Dicha esfera comprende toda la dimensión de la vida y la conducta de una persona que le afecta sólo a ella misma y, que si afecta también a otras, lo hace sólo con su participación y consentimiento libre, voluntario e inequívoco. Ese ámbito<sup>380</sup> comprende: en primer lugar, el dominio interno de la conciencia, exigiendo libertad de conciencia en el sentido más amplio, libertad de pensar y de sentir, libertad absoluta de opinión, de sentimiento en todas las materias, prácticas, especulativas, científicas, morales o teológicas... en segundo lugar la libertad de gustos y de inclinaciones, la libertad de ajustar nuestro plan de vida a nuestro propio carácter, la libertad de hacer lo que nos guste, sujetos a todas las consecuencias que pueden derivarse de ello, sin que nos lo impidan nuestros semejantes -en tanto que lo que hagamos no los perjudique- aunque puedan pensar que nuestra conducta es insensata, perversa o equivocada. En tercer lugar, de esta libertad de cada individuo se deriva, dentro de los mismos límites, la libertad de asociación entre los individuos: la libertad de unirse para cualquier propósito que no implique daño a los otros (se supone que las personas asociadas son mayores de edad y no se encuentran forzadas o engañadas).*

*No puede considerarse libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno, en la que estas libertades, en general, no sean respetadas; y ninguna es completamente libre si no existen en ella de forma incondicional o absoluta. La única libertad que merece tal nombre es la de perseguir nuestro propio bien a nuestra propia manera, siempre y cuando no intentemos privar a otros del suyo o impidamos sus esfuerzos por alcanzarlo”.<sup>381</sup>*

Mill reclama *la más absoluta intangibilidad de ese ámbito sagrado* (ámbito o espacio de reserva), aquel que permite al hombre perseguir su propio bien a su propia manera en la

---

convivencia legal, eran sinónimos. Hoy asistimos al triunfo de una hiperdemocracia en que la masa actúa directamente sin ley, por medio de materiales presiones, imponiendo sus aspiraciones y sus gustos. (ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Primera parte, Capítulo I).

<sup>380</sup> La traducción que sigo dice “esa región”. La he modificado por “ese ámbito” que me parece más atinada al sentido del texto.

<sup>381</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 61 y 62. Subrayado mío.



medida que respete el ajeno, si es que queremos llamar o considerar a la nuestra, o a cualquiera otra, una sociedad libre. Que no podemos dañar a otro, y que si intervenimos de algún modo en esa esfera de intimidad protegida, debemos tener su consentimiento. El autor está convencido -por ciertos episodios de la historia y por algunos que ocurren al mismo tiempo que escribe-, de que los hombres, aún los mejores, no actúan siempre movidos por la razón, sino más bien por el fanatismo, la superstición, los prejuicios, los sentimientos, los gustos de la generalidad y, en el mejor de los casos, simplemente por la costumbre.<sup>382</sup> Y es por ello que:

*“la protección contra la tiranía del magistrado no es suficiente. Se necesita también protección contra la tiranía de imponer opiniones y sentimientos: contra la tendencia de la sociedad a imponer, por otros medios que las sanciones civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta sobre aquellos que disienten de ellas; contra la tendencia a coartar el desarrollo y, si es posible, impedir la formación de cualquier individualidad que no esté en armonía con sus costumbres, obligando a todos los caracteres a formarse a sí mismos sobre el modelo de la propia sociedad”.*<sup>383</sup>

El llamado *principio de la libertad* que establece Mill en su ensayo es el siguiente:

*“no hay ninguna interferencia legítima en la libertad del individuo por lo que respecta a las acciones que únicamente le conciernen a él mismo, sino sólo con respecto a las que pueden ocasionar daño a otros”.*<sup>384</sup>

En su formulación original:

*“El único fin por el que los hombres están legitimados, individual o colectivamente, para interferir en la libertad de acción de cualesquiera de ellos, es la protección de sí mismos. Esto es, que el único propósito por el que puede ser ejercido legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es para prevenir*

---

<sup>382</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 53-56.

<sup>383</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 52. Se anticipa así, en mucho, a la tendencia moderna, cada vez más fuerte, del llamado *solidarismo social*, *igualitarismo* y hasta el *liberalismo igualitario* (porque varios liberales, de lo más célebres y reconocidos, lo militan). Y aunque lo citen, una y otra vez, ese no es Mill. Por lo demás, aquello de igualar a las gentes -para arriba o para abajo- no tiene nada de liberal. Un liberal puede ser “más o menos liberal”, dependiendo del espacio o de la amplitud de límites que le fije a esa esfera de aquel ámbito de reserva que resulta inviolable. Pero no puede ser determinista, ni paternalista, ni perfeccionista, ¡ni, mucho menos, “igualitarista” que, al final es el oxímoron del liberalismo! Una verdadera monstruosidad. Igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades. Ninguna otra. Si de algún fanatismo pueden acusar a Mill o a cualquier otro liberal bien plantado, es del fanatismo por la individualidad, de la pasión por las diferencias, por la espontaneidad y la chispa creativa, por el respeto irrestricto a nuestra características personales, a aquello, fabuloso, único y que nos hace distintos entre los hombres y frente a aquel Dios que libremente elegimos, si alguno.

<sup>384</sup> RUIZ SANJUÁN, César, “Estudio introductorio” a *Sobre la libertad*, 7. Este principio de la libertad se presenta actualmente como “principio del daño” (a otros) FEINBERG, Joel, *Harm to others*, Oxford University Press, 1984.

*el daño a otros. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es una justificación suficiente. No se le puede obligar legítimamente a hacer o no hacer algo porque esto sería mejor para él, porque le haría más feliz, porque, en opinión de otras personas, actuar así sería sabio o incluso justo. Estas son buenas razones para discutir con él, o (para) razonar con él, o (para) persuadirle, o suplicarle pero no para forzarlo o causarle algún daño si actúa de otra manera. Para justificar esto último, sería preciso sostener que la conducta de la que se lo quiere disuadir, puede dañar a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad, es la que se refiere a los demás. En la parte que concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente, el individuo es soberano”.*<sup>385</sup>

Bien, existe entonces un espacio inviolable, intocable, un ámbito de libertad indispensable para los hombres y que debe quedar liberado de interferencias arbitrarias de los otros y reservado sólo a ellos mismos. Y no podemos obligarlo a hacer algo que no quiere ni por su bien, ni por el de la sociedad (por la llamada *solidaridad interpersonal o social*). Se trata de una zona de libre interferencia de parte de la sociedad y que se integra con aquellas conductas del individuo que le afectan sólo a él mismo y no a los demás (lo que nuestro gran Carlos Nino ha llamado *conductas autorreferentes o moral autorreferente*).<sup>386</sup>

Pero claro, pendiente queda la cuestión crucial. Las preguntas serán ¿cuál es el contenido de ese espacio, cuán grande es, cuáles serán sus límites, cómo trazar sus contornos?

**En cuanto al contenido** de ese ámbito de reserva, Mill señala en su obra varias libertades intocables sin que con ello la lista se agote. “*Libertad de conciencia* en el sentido más amplio, de pensar, de sentir, de opinión y de sentimiento en todas las materias prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas; *de expresar y de publicar opiniones*; de gustos y de inclinaciones; *de ajustar nuestros planes de vida a nuestro propio carácter*; *de hacer aquello que nos guste*, sujetos a las consecuencias que de ello se puedan derivar, -sin que lo impidan nuestros semejantes en tanto que lo que hagamos no les perjudique-, aunque puedan pensar que nuestra conducta es insensata, perversa o equivocada. *La libertad de*

---

<sup>385</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 58. Subrayado mío.

<sup>386</sup> Ver, entre otros trabajos, NINO, *Legítima defensa...*, 34: “la moral autorreferente o moral privada o de la virtud personal proscribire aquellos actos y actitudes que representan una degradación del carácter moral del agente. La moral social o intersubjetiva o pública proscribire aquellos actos que afectan a derechos o intereses de terceros y valora positivamente la promoción del bienestar de otros”.

asociación entre los individuos, de unirse bajo cualquier propósito que no implique daño a los demás”.<sup>387</sup>

*En lo que hace a su contorno o a los límites* de ese espacio o esfera de libertad, el primero, claramente en Mill, es el respeto por la libertad ajena (libertad negativa). Mi esfera de libertad, mi ámbito o espacio de libertad de acción y de libre juego, se termina allí donde empieza la libertad del otro, que tiene *tanto derecho al respeto irrestricto de ese ámbito inviolable como el que tengo yo* (a ello llamo, siguiendo a Baldó, *aspecto positivo* del deber negativo). Pero a partir de allí, comienzan las dificultades. Mill reconoce abiertamente la cuestión:

*“existe un límite para la interferencia legítima de la opinión colectiva sobre la independencia individual, y encontrar ese límite y mantenerlo contra la transgresión es tan indispensable para el buen estado de los asuntos humanos como la protección contra el despotismo político... Pero aunque no es probable que esta proposición sea refutada en términos generales, la cuestión práctica de dónde se sitúa el límite -cómo hacer el ajuste adecuado entre la independencia individual y el control social- es un tema en el que casi todo queda por hacer. Todo lo que hace que nuestra existencia sea valiosa, depende de la aplicación de las restricciones de otras personas”.*<sup>388</sup>

Y “todo eso que queda por hacer”, está todavía, en buena medida por hacerse... Mill, por cierto, que empieza el camino, pero no lo concluye.<sup>389</sup>

Pero sigamos con nuestro autor preferido. ¿Es el inglés refractario a cualquier control social de las libertades individuales? La respuesta es, claramente, que no. Luego del párrafo en el que, sin poder renunciar a su formación y a aquello a lo que estaba destinado, se define por una ética utilitarista (pero como Berlin trata en profundidad, y escribimos a Ticio, poco de “utilitarista a la Bentham” tenía también John Stuart Mill)<sup>390</sup>, sigue diciendo:

*“pero la utilidad debe entenderse aquí en su sentido más amplio, fundada en los intereses permanentes del hombre como un ser progresivo. Sostengo que esos intereses, sólo autorizan a que*

---

<sup>387</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 61 y 62. Subrayado mío. En tanto “lo que hagamos...”. Pero qué pasa con lo que no hacemos... y perjudica...

<sup>388</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 52.

<sup>389</sup> Entre nosotros, y hasta donde alcanzo, quien más y mejor ha bregado por trazar esos contornos, esos límites, fue Carlos Nino. Su inolvidable trabajo, “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal, una de las acciones privadas de los hombres?” (*La Ley*, 1979 D, 743-758), marcó una época, y muy especialmente, mi vida. Acaso tanto como el voto del Juez Petrachi en “Bazterrica”, inspirado, en buena medida, en ese trabajo. Dedicaré a ambos, claro está, su espacio.

<sup>390</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 60.

la espontaneidad individual quede sujeta al control externo respecto a aquellas acciones de una persona que afectan al interés de otras”.<sup>391</sup>

Y, ahora sí respecto de la coacción social, dice:

“Si la acción de alguien resulta perjudicial para otros, se da prima facie, un caso para castigarlo, ya sea por medio de la ley o, cuando las sanciones legales no se pueden aplicar con seguridad, por medio de la desaprobación general”.<sup>392</sup>

Y sigamos, ¿podemos decir que Mill rechazaba de plano la ayuda al otro, la caridad o los que hoy llamaríamos, quizá no en el sentido actual, los deberes positivos generales? Aún impuestos bajo pena? La respuesta es también que no. De hecho Mill habla concretamente de los deberes positivos (actos a los que se puede obligar a otro). Dice Mill:

“Hay también muchos actos positivos para el beneficio de los otros a cuya realización se puede obligar legítimamente a un individuo, tales como dar testimonio en un tribunal de justicia, o bien participar de manera equitativa en la defensa común o en cualquier obra conjunta necesaria para el interés de la sociedad de cuya protección disfruta. Asimismo, se le puede hacer legítimamente responsable ante la sociedad por no realizar ciertos actos de beneficencia individual, tales como salvar la vida de un semejante o proteger a un indefenso frente al abuso, cosas que, en todo caso, constituyen el deber de un hombre.”<sup>393</sup>

Claramente habla Mill de los *deberes positivos*, y, lejos de rechazarlos, los trata como deberes morales irrenunciables, *como un deber de todo hombre*. Y admite que la sociedad castigue, con el rigor de la pena penal, la infracción a esos deberes positivos. Pero, ¿cuál es su alcance?

“una persona puede perjudicar a otros no sólo por sus acciones sino también por sus omisiones, y en ambos casos es responsable frente a ellos por el daño que les ocasione. Ciertamente en este último caso, la coacción ha de ser ejercida con mucho más cuidado que en el anterior. Hacer a alguien responsable por perjudicar a otros es la regla; hacerle responsable por no evitar el daño es, comparativamente hablando, la excepción. No obstante, hay muchos casos suficientemente claros y suficientemente graves como para justificar esta excepción”<sup>394</sup>.

Lo primero y principal, son los deberes negativos; los de no interferencia, *nemimen laedere*. Si agredes a otro, eres responsable. Si no lo agredes pero de algún modo, por acción,

---

<sup>391</sup> *Ibidem*.

<sup>392</sup> *Ibidem*, ¿y la omisión?

<sup>393</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 60. Subrayado mío.

<sup>394</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 60.

lo dañás, pues eres responsable. También, por cierto, puedes responder si en lugar de actuar un deber, lo omites. Y, aunque este deber pueda parecer más discutible, hay *“muchos casos suficientemente claros y suficientemente graves para justificar esta excepción”*. Con ello Mill sugiere la existencia de *casos no suficientemente claros ni suficientemente graves* que podrían también admitir **una excepción** y, también, de *casos mínimamente claros y mínimamente graves* que, acaso, admitan alguna excepción. Pero, en todos los casos... como excepción.

Lo deberes negativos (de respeto por la esfera ajena) tienen preferencia sobre los positivos (de ayuda). Si tienes un *status* especial, si eres portador de un rol, que te obliga a actuar ... pues debes hacerlo y si lo omites, eres responsable. Y esa posición, ese rol, también puede ser distinto, es decir, *portador de un compromiso o de una intensidad distintas*. No es igual el de un padre con su hijo que el de un enfermero con su paciente o el de un paseante con el accidentado en la calle. Si no lo tienes, y tu deber positivo (de ayuda o de colaboración) es sólo general (“viejita” y “Benicio, el donante forzado de piel): ¡Cuidado! Y según creo, ¡mucho cuidado! Primero porque te introduces (violentamente) en aquel espacio que el mismo Mill presenta como intocable y cuya interferencia injustificada priva a las sociedades que no lo reconocen y no lo respetan, nada menos que de la posibilidad de ser llamadas “sociedades libres”. Y, segundo, porque se trata de deberes positivos generales (los últimos de la lista...) y, por cierto que el primero de los deberes es el tuyo: ¡detente!

La libertad en Mill, la libertad clásica es libertad negativa. Es decir, la libertad en Mill, recuerda aquel principio fundamental de la ética ya referido: “haz lo que quieras en tanto no perjudiques a otros”.

*Las críticas* más importantes a Mill fueron, básicamente: que su concepción de la libertad es incompatible con el utilitarismo. (*Por supuesto que lo es. Y Mill estaba más que consciente de ello*); que la libertad sólo está determinada en términos negativos (*lo que no es cierto ni justo. Mill habilita interferencias, como vimos, en la libertad individual dados ciertos presupuestos y condiciones y también la imposición de deberes positivos generales y especiales a los ciudadanos*); que el concepto de daño a otros (*Harm to others*) no queda definido (*es cierto que es ambiguo y, además, ¿existen realmente acciones que afectan solo al individuo que las realiza y no a otros?*) y, sobre todo, que el principio de la libertad no resulta

aplicable en la práctica y ello por la misma dificultad implicada en su definición. (*Eso ya lo veremos*).<sup>395</sup>

Intentaré delimitar, o fijar más claramente el contorno tanto de ese espacio sagrado de libertad individual, cuanto de los deberes positivos generales, a través de la filosofía de Kant. Mill es el príncipe del *espacio libre de juego*, de aquella libertad que nos permite no sólo ser (proyectar, realizar, crear) sino también soñar con ser aquello que nos propongamos mientras no interfiramos con la misma pretensión ajena. Kant, el señor de la virtud orientada por la “voluntad buena” y por el deber. Pero, sobre todo, de la dignidad, aquel principio que nos indica *que no debemos tratar a otros como medios sino siempre como fines*. Que no debemos ni podemos legítimamente *usar* a otros por las razones que fueran. Ambos resultan, por ello, inspiradores e indispensables para mi argumentación.

Pero antes de examinar a Kant, revisemos la propuesta de un gran liberal contemporáneo, aunque ya desaparecido: Sir Isaiah Berlin. Otro sostenedor implacable del concepto de libertad negativa que me interesa aquí defender.

## **1.1. ¿Dos conceptos de libertad? La libertad negativa y la libertad positiva.**

### **1.1.1. Isaiah Berlin: Dos libertades (o, en rigor, sólo una...).**

Fue Sir Isaiah Berlin, el autor de la distinción entre “Dos conceptos de libertad”: la libertad positiva y la libertad negativa. Antes de entrar en su análisis, examinemos qué fue lo que motivó a Berlin a hacer la distinción. El interés principal en Berlin fue:

*“dar respuesta a la guerra abierta que libran dos sistemas de ideas y que contestan de manera distinta y antagónica, a lo que ha sido durante mucho tiempo el problema central de la política: la cuestión de la obediencia y de la coacción. En rigor del límite admisible de la coacción. ¿Por qué debo yo, u otro, obedecer a otra persona? ¿Por qué no puedo vivir como quiera? ¿Tengo que obedecer? Si no obedezco, ¿puedo ser coaccionado? ¿Por quién y hasta qué punto, en nombre de qué y con motivo de qué?”.<sup>396</sup>*

Es decir, Berlin piensa, fundamentalmente, en la libertad de autodeterminación y en la prohibición de injerencia (en la libertad negativa). Tiene la misma motivación y sigue el camino de Mill. Intenta definir mejor ese ámbito de libertad individual, ese espacio libre en el

---

<sup>395</sup> Así, RUIZ SANJUÁN, “Estudio preliminar”, 7 y 8.

<sup>396</sup> BERLIN, “Dos conceptos ...” en *Sobre la libertad*, 207.

cual cada uno puede realizar, como mejor le parezca, su propio plan de vida. Y que tiene, bien lo advierte este autor, dos aspectos distintos: a) uno subjetivo: *quién es el que manda* y, b) uno objetivo: *cuál es ese espacio - el contenido y su extensión- allí donde se manda.*

Berlin sostiene que los dos tipos de libertad responden a dos preguntas distintas:

- La libertad negativa a la pregunta: *¿Quién manda?* (o *¿cómo es el espacio en el que al sujeto -persona o grupo- se le deja o se le ha de dejar que haga o que sea lo que esté en su mano hacer o ser, sin la interferencia de otras personas?*).

- La positiva: *¿En qué ámbito mando yo?* (o *¿qué o quién es la causa del control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra?*).<sup>397</sup>

Aquí existe un problema. Vuelvo a leer a Berlin, pruebo con otras versiones, en inglés y en castellano, pero allí está. Adviértase que las primeras preguntas de cada “concepto” (las que no aparecen aquí entre paréntesis), parecen las que corresponde hacer, según su planteo. Pero las que les siguen (en paréntesis), ¡están invertidas!

En efecto cuando pregunto *¿quién manda?* aludo al sujeto que tiene el poder o el control. Se trata de saber “si soy yo” o “si es otro o si son otros” aquellos que mandan; si es que yo resulto ser *mi propio dueño* o lo es algún otro (libertad negativa, *freedom from... interference*).

Pero la segunda pregunta de la libertad negativa (aquí en paréntesis), alude a otra cosa. Ya no es *quién* el que interesa, sino *qué...* es decir cuál es mi espacio libre de juego, qué es aquello que me está permitido elegir... Y eso es, precisamente, lo que pretende contestar la pregunta sobre la otra libertad, la libertad positiva (*freedom to*)...<sup>398</sup>. Extraño, realmente.

---

<sup>397</sup> BERLIN, “Dos conceptos...”, en *Sobre la libertad*, 208. Berlin era judío y nació en 1909 en Riga, que formaba parte entonces de Rusia. Emigró de pequeño a Inglaterra en 1919, como consecuencia de la revolución rusa de octubre de 1917. “Dos conceptos sobre la libertad”, es una conferencia que Isaiah Berlin leyó al asumir la Cátedra de Teoría Social y Política de la Universidad de Oxford en 1958. Fue escrita en plena guerra fría para exponer dos visiones antagónicas de los modelos: uno el erigido en torno a los EE.UU, paladín de la democracia liberal, y el otro, a la URSS, paladín de los postulados socialistas-estalinistas y de las economías planificadas. Pero ya entonces, además del “modelo Ruso”, Berlin había conocido de cerca a los horrores del nazismo. Fue el redactor de los reportes periódicos sobre la situación política mundial que el Primer Ministro W. Churchill recibía durante la segunda guerra, de una clarividencia y perfección que llevaron al líder a interesarse por su autor. Así, aquellos temores a los abusos de los sistemas democráticos, a la “tiranía de las mayorías” que habían previsto Alexis de Tocqueville y Mill se concretaban en dos de las experiencias más horribles de la historia humana. Y estas “concreciones” fueron el motor de las preocupaciones del gran liberal y humanista que fue Sir Isaiah Berlin (ver LÓPEZ GIMÉNEZ, José María, recensión a “Dos Conceptos de Libertad y otros escritos de Isaiah Berlin”, *eXtoikos*, Nro. 9, 2013, 101).

<sup>398</sup> La formulación correcta, según creo, debería ser:

- La libertad negativa busca contestar a la pregunta: *¿Quién manda?* (o *¿qué o quién es la causa del control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra?*)

De todos modos, aún con o sin esta “dificultad”: ¿no estamos acaso preguntándonos más o menos lo mismo?

Parece que sí. Y es el mismo Berlin quien reconoce la cuestión: “*la libertad que se funda en que uno sea su propio amo y la libertad que se funda en que otros hombres no impidan a uno elegir, pudieran parecer, a primera vista, conceptos que no distan lógicamente el uno del otro y que no son más que las formas positiva y negativa de decir la misma cosa...*”<sup>399</sup>.

De todos modos, la distinción sigue pareciendo a Berlin útil y necesaria. Dice que ambas, de hecho, se han enfrentado en el tiempo y describe los excesos a los que pueden conducir dos grandes teorías enemigas de la libertad: el determinismo (al que no niega pero en el que no cree) y, fundamentalmente, el paternalismo. Y creo que lleva razón.

Su primera definición de libertad, la libertad negativa, es la que más nos interesa y aparece más identificada con el liberalismo clásico. *The freedom from outside interference. I am no one's slave (as a natural right)*. El término “libertad” está directamente ligado a la idea de la coerción, es decir a aquello que la niega, limita u obstaculiza. Uno es más libre en la medida en que encuentra menos obstáculos para decidir su vida como le place o parece. Éste es el concepto negativo y más clásico de libertad. Supone, como dice Vargas Llosa, “que la soberanía del individuo debe ser respetada porque es ella, en última instancia, la raíz de la creatividad humana, del desarrollo intelectual y artístico, del progreso científico. Si el individuo es sofocado, condicionado, mecanizado, la fuente de la creatividad queda cegada y el resultado es un mundo gris y mediocre, un pueblo de hormigas o de robots. Quienes defienden esta noción de libertad ven siempre en el poder y en la autoridad el peligro mayor y proponen por eso que, como es inevitable que existan, su radio de acción sea el mínimo, sólo el indispensable para evitar el caos y la desintegración de la sociedad y que sus funciones estén escrupulosamente reguladas y controladas”<sup>400</sup>.

La libertad positiva, es *the freedom to (the freedom to act upon one's will)*. Es decir la libertad de alcanzar nuestros objetivos, nuestros deseos o anhelos (*the ability to achieve my*

---

- La libertad positiva busca contestar a la pregunta: *¿En qué ámbito mando yo?* (o ¿cómo es el espacio en el que al sujeto -persona o grupo- se le deja o se le ha de dejar que haga o que sea lo que esté en su mano hacer o ser, sin la interferencia de otras personas?).

<sup>399</sup> Berlin, “Dos conceptos...”, cit., 217.

<sup>400</sup> VARGAS LLOSA, *La llamada de la tribu*, 255-256.



*own goals, my own goods*).<sup>401</sup> “*I am my own master for...*” (*Entitlement*).<sup>402</sup> Si la idea de libertad negativa quiere, o tiene por objeto principal, limitar la autoridad, la positiva lo que persigue es adueñarse de ella, ejercerla. No es la posibilidad de obrar, no es el derecho a perseguir la felicidad. *Es el derecho a ser efectivamente feliz*. Y todo lo que me impide conseguir el objetivo que me he propuesto, atenta contra ella. Ésta resulta una noción más social que individual y se funda en la idea de que la posibilidad que tiene cada individuo de decidir su destino está condicionada, en buena medida, por causas sociales, ajenas a su voluntad. Es decir, que al que le falta el pan, no puede disfrutar de ninguna libertad. Un analfabeto no puede disfrutar de la libertad de prensa; una persona que vive en la miseria no puede viajar.

Dice Vargas Llosa: “la libertad negativa tiene en cuenta, fundamentalmente, que los individuos son diferentes, la positiva, ante todo, aquello que tienen de semejantes... Por ello, cuanto más homogénea es la sociedad, cuanto menos diferencias existan en el cuerpo social, hay más libertad”.<sup>403</sup> Ciertamente es que las nociones de solidaridad humana, de responsabilidad social y hasta la idea de justicia, se han enriquecido gracias al concepto positivo de la libertad. Pero también es cierto que este concepto ha generado sus correspondientes iniquidades.<sup>404</sup> Estas dos ideas, estos dos conceptos de libertad negativa y positiva colisionan y se rechazan recíprocamente, “son alérgicas la una a la otra”.<sup>405</sup>

---

<sup>401</sup> *Goods*, plural. Es que pueden ser muchos... Ello, a la vez que abre la posibilidad al ser humano de tener una vida compleja, que persiga todos los objetivos que se quieran perseguir, aleja una alternativa preocupante: la de considerar que el hombre sólo puede o debe tener o perseguir un sólo bien, un sólo objetivo: *just one good*, por ejemplo, la felicidad propia o la del conjunto... Cuestión también advertida por Locke, ya a fines del s. XVII. Señala que para el liberalismo no hay entidades colectivas “reales”, son ficciones. Por eso no hay *good*, hay *goods*. Hay bienes individuales... que son aquellos que cada uno busca. Uno quiere ser santo, el otro abogado, el otro comerciante o deportista... Ver GRONDONA, *Los pensadores de la libertad...*, 26.

<sup>402</sup> La idea de que uno sea su propio dueño, ya está en Pufendorf: “Liberty is commonly conceived as a status in which one has the faculty of undertaking something upon one’s own free will; servitude, on the contrary, as a status in which it is necessary to do things at the desire of another... Thus, *he who is his own master* in the state and has not assigned to another a definite portion of his services, enjoys much more ample liberty than he who is under the authority of his father or guardians...” y “... Authority over persons and actions which are one’s own is called *liberty*.” (PUFENDORF, *Two Books...*, I, Def. III, n. 7; y I, Def. VII, n. 3).

<sup>403</sup> VARGAS LLOSA, *La Llamada de la tribu*, 257-258.

<sup>404</sup> “Todas las utopías sociales de derecha o de izquierda, religiosas o laicas, se fundan en la noción positiva de libertad. En el concepto de que en cada persona, además del individuo particular y distinto, hay algo más importante: un *yo social* idéntico, que aspira a realizar un ideal colectivo, solidario, que se hará realidad y al que debe ser sacrificado todo lo que lo impide o lo obstruye” (VARGAS LLOSA, 258).

<sup>405</sup> VARGAS LLOSA, 259. Y sigue este autor: “Lo ideal sería tratar de conseguir una transición, un compromiso entre ambas formas de libertad, pero ella será no sólo difícil sino precaria pues, como dice Berlin: *la libertad positiva y la negativa no son sólo dos interpretaciones de un concepto, sino algo más: dos actitudes profundamente divergentes e irreconciliables sobre los fines de la vida humana.*”

Veamos, en otra digresión (la última) un poco más de esta noción positiva (y social) de la libertad en otro autor contemporáneo vivo y muy influyente y que no encuentra evidente, ni mucho menos, esa antinomia. Y, tampoco que su convivencia resulte imposible.

### **1.1.2. Amartya Sen: libertad positiva más libertad negativa. El “Liberalismo social o igualitario”.**

Desde la presentación de la tipología de las libertades de Berlin, en su forma original (1958), se han ofrecido muchas variaciones. Una versión, o más bien una reinterpretación, de estos “dos conceptos de libertad” es la de otro liberal social o igualitario: el hindú, premio Nobel y profesor de Oxford, Amartya Sen. Para Sen:

- La libertad positiva “es la libertad de hacer algo” ... “aquello que, teniendo en cuenta todo (sus circunstancias), una persona puede cumplir”. Pero, agrega, para vincularlo más a la libertad negativa: que “... se refiere al papel de las injerencias externas de privar a una persona de su libertad de acción...”.<sup>406</sup> En cambio,

- La libertad negativa es “el hecho de ser libre de algo”. Este tipo de libertad “se concentra en la ausencia de limitaciones que una persona puede imponer a otra o que el Estado u otra institución pueden imponer a los individuos”.<sup>407</sup> Vistas así las cosas, ambas libertades se parecen todavía más y, de hecho, ése es el punto de Sen, “hay conexiones recíprocas entre ellas... aunque puedan distinguirse, ambas están profundamente entrelazadas”.<sup>408</sup> Sen postula que no hay que hablar de la libertad negativa o de la libertad positiva, sino de las dos. Es que “... si consideramos importante el que una persona esté en capacidad de llevar la vida que prefiera... si consideramos *muy importante* que una persona sea libre de elegir, entonces es la libertad positiva la que nos interesa. Pero, claro está, sin menospreciar a la libertad negativa”.

Para aclarar su punto, pone algunos ejemplos: supongamos que *una persona no puede pasear por el parque*, como le gustaría, porque padece de algún tipo de minusvalía. Ese impedimento afecta a su libertad positiva (es decir a lo que ella quisiera hacer, si pudiera), pero nada tiene que ver con la negativa (no hay obstáculos externos a él mismo que se lo impidan).

---

<sup>406</sup> SEN, Amartya, *La libertad individual como compromiso social*, Ed. Abya-Yala, Ecuador, 1999, 39

<sup>407</sup> SEN, op. y loc cit.

<sup>408</sup> SEN, 41.

En cambio, si el sujeto en cuestión no pudiera pasear por el parque como quisiera porque sospecha que si lo hace “lo asaltarían los criminales”, esto sería una violación tanto a su libertad positiva, como también a la negativa.<sup>409</sup> Con ello, está claro, afirma, “que la violación de la libertad negativa implica (siempre) una violación a la libertad positiva. Mientras que lo contrario no es cierto”.<sup>410</sup>

Su tesis es que el compromiso social en favor de la libertad individual debe referirse a ambas libertades, a la positiva y a la negativa, como consecuencia de esas relaciones recíprocas.

La pregunta que subyace en el trabajo de Sen es si ambas libertades deben ser tratadas igual de parte del Estado o del sistema social, o no. Es decir, si debemos otorgar el mismo peso, o la misma importancia, a la una que a la otra. Para Berlin, eso no es posible. O la una o la otra. Para Sen, indudablemente sí. Estoy con Berlin. Diré por qué.

## **1.2. Lo posible: la libertad negativa. Lo imposible: las dos libertades, o sólo la positiva.**

*“That’s not who we are  
We are not beautiful...  
We don’t fit in it well,  
We are just ourselves”*  
Ed Sheeran, “Beautiful people”.

La libertad positiva (*libertad como poder* perseguir lo que me he propuesto, *freedom to achieve my own goals*) se muestra muy atractiva. Pero, resulta también: a) una puerta abierta al paternalismo, y al totalitarismo; b) una nueva utopía.

Si tengo que pagar para estudiar en la Universidad y no tengo dinero, ¿de qué me sirve ser libre para estudiar? Lo que el Estado debe hacer, es entregarme educación gratis (y, como nada es gratis, pues que la paguen otros). Si no tengo vivienda, educación, salud, pues no puedo ser libre. Y si tengo el derecho no a perseguirla, sino a tenerla (a hacerla efectiva) pues alguno tendrá que dármela. Y ese es el Estado (es decir, todos los demás).<sup>411</sup> Eres dueño de

---

<sup>409</sup> SEN, 39.

<sup>410</sup> SEN, 39.

<sup>411</sup> Dijo la Corte Suprema: “Reconocer un derecho pero negar el medio apropiado para ejercerlo equivale a desconocerlo y, ante tal situación corresponde que el Poder Judicial urja al resto de los poderes constituidos a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo tal derecho” (CSJN, *in re* “Mignone, Emilio F.”, resuelto el 9.4.2002, *Fallos* 325:524).

todo aquello que te propones y si no tienes los medios, pues el Estado (otros) los proveerán. Evidentemente, no es lo mismo decir que tienes el derecho a perseguir la felicidad, que decir que tienes el derecho a hacer efectiva esa felicidad. ¡Es que, si lo segundo, necesariamente tienes que usar, que instrumentalizar a otro/s para conseguirla! Y eso es totalitarismo, no liberalismo.<sup>412</sup>

Pero además, y tampoco exagero, si es que acaso no sabes “lo que es bueno para ti”, ¡es que estás mal informado! “Yo sí que lo se, te voy a indicar (o a obligar) a ser libre, a perseguir lo que es mejor para ti”.<sup>413</sup>

La cuestión, según creo, es si puede hablarse de libertad como poder. Y la respuesta es, según entiendo, que no: la libertad positiva es una falsa libertad, “una libertad sólo de nombre”. Dice Axel Kaiser: si soy Robinson Crusoe en la isla, no se puede decir que soy menos libre porque ese día no pesqué nada para comer (que es aquello que necesito). Y si aparece Viernes y, yo Robinson, lo obligo por la fuerza a pescar para mí, eso sí tiene sentido en el marco de la libertad positiva. Pero, claro, *eso no es libertad*. La libertad no es un fenómeno mecánico (i.e. no puedo pasar por ahí porque una piedra me lo impide) sino *político*, social, de alteridad. Y se define en la relación recíproca, con los otros. Hay pérdida de libertad en la medida en que otro u otros me impiden actuar como quiero (libertad negativa). Ahí sí que tengo un problema con la libertad. No por ausencia o carencia de bienes materiales. Esta es la visión del liberalismo clásico, que aquí defiendo.<sup>414</sup>

---

<sup>412</sup> Para una postura que reconoce a estas demandas como derechos fuertes que uno puede hacer efectivos directamente contra los otros (apropiándose de lo ajeno) en situaciones de necesidad ver mi análisis sobre los trabajos de Alejandra Mancilla, *infra* en la Parte Sexta.

<sup>413</sup> Y esta pretensión paternalista y totalitaria no es desconocida para los argentinos. Durante la presidencia de Cristina Kirchner se creó la “Secretaría de Coordinación Estratégica para el Pensamiento Nacional” (Decreto PEN 833/2014 del 4 de junio de 2014), a cargo del filósofo oficialista Ricardo Forster. El orwelliano experimento, gracias a Dios, no duró mucho (fue disuelta el 12 de diciembre de 2015 por el Presidente Macri). En Venezuela, viven en la miseria, la angustia y el totalitarismo más brutal. Pero tienen, eso sí, el “Viceministerio para la Suprema Felicidad Social”, creado por Maduro en 2013.

<sup>414</sup> Ver KAISER, Axel, ¿Qué es libertad? <https://www.youtube.com/watch?v=FHN04pjpvhE>, y *La tiranía de la igualdad*, Deusto, Barcelona, 2017. Explica aquí que la igualdad es una pretensión tanto de los liberales como de los socialistas. La diferencia no está en los fines, está en los medios (Von Mises). ¿Qué preferimos: que todos seamos ricos y desiguales, o que tengamos menos y seamos más iguales? Todos queremos lo mismo, más bienestar. Las doctrinas igualitaristas (Marx, Rousseau, Rawls, Sen, Dworkin) tienen un contenido económico. Marx no promete miseria, promete riqueza, abundancia y bienestar. Pero el sistema más moral es el liberalismo clásico. Lo más justo es que se mantenga la ética del trabajo y que la gente se gane lo suyo por sus propios medios. Rawls es el gran teórico de los social-demócratas. Pero su atractivo *principio de la diferencia* no contempla: a) la sustentabilidad general (doy tanto que el Estado y todos los que aportamos, podemos quebrar); b) la viabilidad (¿de qué vale quitarle \$ 1000 millones a un rico para darle \$ 1 a cada pobre?) y, fundamentalmente; c) desincentiva a la gente a emprender, a crear su propio proyecto personal, a ser independiente. Todos quieren el bien de todos, pero ¡los igualitaristas hacen mal las cuentas!

Otro de los “problemas” de la libertad positiva es que parece fabulosa, hasta que nos damos cuenta de que resulta, como tantas veces, una utopía imposible y a mi modo de ver, muy indeseable. Básicamente por dos razones. La “muy mala noticia”, es que no existen recursos para todos y, la “muy buena noticia” es que todos nacemos y somos distintos (no ante la ley o ante Dios) sino *entre nosotros*, con historias, carga genética y contextos diferentes, ente otros detalles..., no menores. Y que es mejor, que es fundamental, que así sea. Si hay algo que a un verdadero liberal aterra y que abomina es la “forzada igualación”. Ya he sugerido el punto más arriba en el interesantísimo (a lo menos, para mí) intercambio (digamos que en algún momento lo fue), con Ticio. Y Ticio volverá con ello más adelante, ya verán.

Estas ideas o pretensiones son muy autoritarias. Pero insólitamente se nos presentan en formato más moderado, y decididamente menos liberal (es decir a la Dworkin, a la Rawls, a la Sen etc.<sup>415</sup>): “la libertad como justicia social”. Se trata nada menos que de ser libres a través de la igualdad *o de la “igualación”*, de destruir todas las diferencias del tipo que sean entre todos los hombres para que “todos podamos acceder a lo mismo”, “tengamos las mismas oportunidades “y lleguemos, al final del camino a la prometida “igualdad social perfecta”. En mi opinión, estas propuestas, además de horribles en sí mismas, son en palabras de otro gran liberal norteamericano, Thomas Sowell: **“el reclamo por una justicia cósmica”** (*The quest for Cosmic justice*).<sup>416</sup>

Sowell sintetiza su planteo en tres proposiciones:

1. Lo imposible no será logrado;
2. Intentar lo imposible, además de resultar insensato, supone una pérdida de recursos preciosos;
3. Los devastadores costos y riesgos sociales que se asocian a estos intentos de lograr lo imposible, deberían ser tomados especialmente en cuenta.

En suma, que “la justicia cósmica” es otra de esas utopías que conlleva un enorme costo y una potencialidad devastadora. Los partidarios de esta *justicia cósmica* no son *rara*

---

<sup>415</sup> Sen critica la noción de igualdad utilitarista (“el reconocimiento de la diversidad de los seres humanos, tiene consecuencias muy serias, que afectan no sólo la concepción utilitarista del bien social, sino también otros, incluso, la concepción rawlsiana de igualdad). También la idea del bienestarismo (*welfarism*) y la Rawlsiana de justicia como equidad. Y propone una alternativa, *la idea de igualdad como capacidad básica*. Esto es sumar a la uniformidad aproximada de las preferencias personales, convenciones establecidas acerca de la importancia relativa. Así, que una persona pueda hacer cosas básicas a pesar de tener impedimentos físicos –i.e. un inválido– que igualmente lo satisfagan y a los que él mismo conceda o reconozca un lugar, una importancia o una preferencia que debe ser tomada en cuenta y que no resulta un factor computable en ninguna de las otras tres ideas de igualdad). Véase SEN, Amartya, “¿Igualdad de qué?”, en AA.VV., *Libertad, igualdad y derecho*, Planeta Agostini, Colección Obras Maestras del pensamiento contemporáneo, Nro. 98, Barcelona, 1994, 133-156.

<sup>416</sup> SOWELL, Thomas, *The quest for Cosmic Justice*, Free Press, New York, 2002.

*avis*. Están por todos lados. Aquí y allá, muy cerca... ¡y son muchos! Encuentran a la sociedad *culpable* de las inmerecidas injusticias que uno observa a diario. Y lo que debemos hacer, claro está, *es corregirlas* (a las injusticias y también, por supuesto, a la sociedad responsable de ellas, se entiende). “Eso sí que es verdadera justicia social”.

Pero aún los que así argumentan reconocen (o no pueden dejar de reconocer, salvo “ceguera intencionada”) que esas *inmerecidas injusticias* pueden originarse no en el mercado o sólo en el mercado (fenómeno que, por cierto, abominan), sino en diferencias culturales, en genes familiares, en confluencias históricas de eventos que nadie controla y que ninguna sociedad nunca controló, aunque no faltaron aquellos que lo intentaron.<sup>417</sup>

Por ejemplo, no hay manera de que yo, entusiasta nadador y competidor en la categoría que denominamos *master* (si lo despojamos de eufemismos y anglicismos: “veteranos”), nade como Michael Phelps (aunque mucho me gustaría y, a veces, en la pileta imagino –por favor, no lo repitan-, ¡que soy Phelps!). O que salte o corra como el gran Manu Ginóbili. Tampoco como dice Sowell, que los escandinavos o los polinesios conozcan tanto de camellos como los beduinos del Sahara o que éstos (los beduinos), lo que los escandinavos o polinesios saben de la pesca en el mar. Así, en realidad, apunta con sajona ironía el Profesor Sowell, los partidarios de la “*social justice*” son extremadamente “modestos” con el nombre que se eligen. Lo que buscan corregir no son meras deficiencias y desigualdades en la sociedad... sino que van un poquito (o bastante) más lejos: intentan corregir las desigualdades ¡en el cosmos! Sus cruzados no sólo pretenden salvarnos de los pecados del hombre, sino también de los designios de Dios y de los accidentes de la historia. Lo que realmente persiguen es un universo hecho a la medida de su (propia) visión de la igualdad... una verdadera (y tan terrorífica como utópica) “justicia cósmica”.<sup>418</sup>

### **1.3. Recalculando y vuelta a casa: Mill.**

De lo que sí podemos estar seguros y lo aquí más me interesa, es de lo siguiente:

- Que nadie puede discutir, razonablemente, que un hombre sin libertad alguna deja de ser realmente un hombre y se convierte en “cualquier otro animalito de Dios” o, simplemente, en una cosa.

---

<sup>417</sup> Véase Sen *supra* nota 415. Me refiero a Hitler, o a Mao o a Stalin, entre otros...

<sup>418</sup> Pueden leerse algunas de sus conferencias en <https://www.tsowell.com/spquestc.html>, de donde tomo las citas, o en <https://www.hoover.org/research/quest-cosmic-justice>.

- Que, por lo tanto, existe al menos algún ámbito esencial de libertad personal que debe ser respetado y protegido de cualquier injerencia externa (*contra viento y marea*).<sup>419</sup>

- Que, entonces, la intromisión de cualquier otro, Estado o particular, en ese ámbito de reserva esencial y privado configura una infracción que, en principio, resulta imprescindible tanto prevenir como evitar (todo ello está reconocido en el máximo nivel de nuestro sistema jurídico, en el artículo 19 de la Constitución Nacional, como veremos en su lugar).

- Que la libertad negativa, por tanto, no puede discutirse.

- Que la libertad negativa es la primera. Que la libertad positiva viene, si viene, después. Y que la libertad general positiva (como mandato de actuación general) es la última.

- Que, de lo que se trata, que el desafío entonces es y sigue siendo aún hoy el de definir el contenido, los límites, y el contorno de ese ámbito de libertad reservado de la interferencia ajena.

Lo intentaré, a pesar de mis limitaciones, que son muchas, y en el estrecho ámbito que me toca investigar. Vamos entonces sin más a Kant (*the gloomy german*).

### **3. Immanuel Kant. La dignidad: “¡no me uses, soy persona!”**

La metafísica de las costumbres es una filosofía (o una teoría moral) de la libertad.<sup>420</sup> En la “Fundamentación” de esta metafísica, la búsqueda de Kant es la de una voluntad que no se determine por ningún motivo empírico y sí y sólo enteramente, por principios *a priori* surgidos de la razón.<sup>421</sup> La enorme tarea que encara para ello es “la investigación y fijación de *un principio supremo de la moralidad*”.<sup>422</sup> Kant comienza por preguntarse qué es aquello que

---

<sup>419</sup> En palabras de Berlin: “... consideramos que hay una divisoria entre la vida pública y la privada; y que, al margen de lo pequeña que sea dicha esfera privada, dentro de ella puedo hacer lo que me plazca -vivir a mi gusto, creer en lo que quiera, decir lo que me guste-, siempre que esto no interfiera en derechos semejantes de los demás o socave el orden que hace posible dicho sistema. Esta es la visión liberal clásica, expresada en su totalidad, o en parte, en las diversas declaraciones de los derechos del hombre en América y en Francia, y en los escritos de autores como Locke, Voltaire, Tom Paine, Constant y John Stuart Mill. Cuando hablamos de libertades civiles o de valores civilizados, nos referimos, en parte, a esto. (BERLIN, “Libertad”, en *Sobre la libertad*, 322).

<sup>420</sup> KANT, Immanuel, “Prólogo” a la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Trad. de Manuel García Morente, Las Cuarenta, Buenos Aires, 2012, 23 y 24.

<sup>421</sup> Su objetivo es “elaborar una filosofía moral pura que esté enteramente limpia de todo cuanto pueda ser empírico y perteneciente a la antropología... porque el fundamento de la obligación no debe buscarse en la naturaleza del hombre o en las circunstancias del universo... sino *a priori*, en su razón pura. Buscará esa fuente de los principios prácticos que están *a priori* en nuestra razón, “porque lo que debe ser moralmente bueno no basta que sea *conforme* a ley moral, sino que tiene que suceder *por* la ley moral. (KANT, 26 a 28).

<sup>422</sup> KANT, *Fundamentación...*, 30.

puede considerarse bueno sin restricción. Y contesta: “*la buena voluntad*”. No es la felicidad aquello que el hombre bueno debe buscar (como proponían Bentham y sus inspiradores), sino “*la buena voluntad*” que es aquello que nos hará dignos y, además, felices.<sup>423</sup> La buena voluntad, explica, no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto; es buena sólo por el querer, es decir, “es buena en sí misma”.<sup>424</sup> Es la buena voluntad la que moviliza la razón. De lo contrario la naturaleza no hubiera adoptado “tantas precauciones” y hubiera entregado al hombre y a su destino al mero instinto.<sup>425</sup>

Así, el destino verdadero de la razón no puede ser la felicidad, porque es por la razón que nos enfrentamos al dolor. Su destino, *el verdadero destino de la razón, tiene que ser el de producir una voluntad buena (digna) en sí misma y sin ningún propósito ulterior, para lo cual ella es absolutamente necesaria*. Kant no desprecia a la felicidad ni la elimina como un valor “pero es siempre el segundo fin”<sup>426</sup>, condicionado al supremo: la persecución de la buena voluntad que no puede ser todo el bien ni el único bien: pero que tiene que ser el bien supremo y la condición de cualquier otro, incluso del deseo de felicidad.<sup>427</sup> Y ¿cuál es el contenido de la buena voluntad? En contenido de la buena voluntad es *el deber*.<sup>428</sup> El fundamento de ese deber para Kant no es otro que el mismo que inspira a Mill y a toda la ética liberal: “*de este modo hay que entender, sin duda, los pasajes de la escritura en donde se ordena que amemos al prójimo, incluso al enemigo*”. En efecto, “el amor, como inclinación, no puede ser mandado... pero hacer el bien por deber, aún cuando ninguna inclinación impulse a hacerlo y hasta se oponga una aversión natural e irreprimible- es amor práctico y no amor patológico, amor que radica en la voluntad y no en una tendencia o en una sensación, que se funda en los principios de la acción y no en tierna compasión: éste es el

---

<sup>423</sup> “... y así, la buena voluntad parece la condición indispensable para ser *dignos de ser felices*.” (KANT, *Fundamentación...*, 34). Destacado mío.

<sup>424</sup> KANT, *Fundamentación...*, 34 y 35: “aún cuando por una desgracia particular de la fatalidad o por la escasa dotación de una naturaleza poco favorecida, a esa voluntad le faltase por completo la facultad de sacar adelante su propósito; si a pesar de sus mayores esfuerzos, no pudiera llevar a cabo nada y sólo quedase la buena voluntad -no desde luego como un deseo sino como la movilización de todos los medios que están en nuestro poder- esa buena voluntad resplandecería por sí misma como una joya brillante, como algo que, en sí mismo posee su propio valor. La utilidad o la infructuosidad no pueden ni añadir ni quitar nada a ese valor”.

<sup>425</sup> KANT, *Fundamentación...*, 36.

<sup>426</sup> *La felicidad debe ser perseguida* pero no por propia inclinación sino *por deber*, “...sólo así tiene su conducta un verdadero valor moral” (KANT, *Fundamentación*, 38).

<sup>427</sup> KANT, 38.

<sup>428</sup> *Ibidem*.



único que debe ser atendido”.<sup>429</sup> Así, *el deber* es la necesidad de una acción por respeto a la ley (moral).<sup>430</sup>

Kant no aprobaría entonces, un deber de socorro o un deber de sacrificio impuesto por la ley (penal) ni a la solidaridad como su fundamento. Sí la caridad, la ayuda, el amor al prójimo pero como un deber moral, como *una ley que nos imponemos a nosotros mismos* por nuestra propia ley moral, porque “*sólo puede tener valor moral aquello que se relaciona con mi voluntad como fundamento, nunca como efecto, aquello que no esté al servicio de mi inclinación*”.<sup>431</sup>

Pero ¿cual es esa ley que tiene que determinar la voluntad para que ésta pueda llamarse “buena” y “digna”? Esta es:

“no debo obrar nunca más que de modo tal que pueda querer que mi máxima deba convertirse en ley universal (formulación de la ley universal).<sup>432</sup>

Y esa ley universal se transforma en un *imperativo categórico*, es decir en un *mandato imperativo de la razón* (a un ser libre y racional) que señala a una *acción* que se representa como *buena en sí*.<sup>433</sup> Y *el imperativo categórico* para una moral buena es el que sigue:

“obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se vuelva ley universal” (primera formulación del imperativo categórico),<sup>434</sup> u “obra como si la máxima de tu acción debiera volverse por tu voluntad, ley universal de la naturaleza” (segunda formulación del imperativo categórico).<sup>435</sup>

Kant pone a prueba, de inmediato, este imperativo a la luz de algunos casos: **1. El suicida:** el suicida no puede quitarse la vida (es decir, abreviarla *por amor propio*, para terminar con su dolor o con su angustia) “... porque el principio del amor propio no puede ser ley de la naturaleza. Pronto se ve que una naturaleza cuya ley fuera destruir la vida misma,

---

<sup>429</sup> *Ibidem*.

<sup>430</sup> KANT, 43.

<sup>431</sup> KANT, 44.

<sup>432</sup> KANT, 46.

<sup>433</sup> KANT, 63 y 65. Éso es un imperativo categórico para Kant.

<sup>434</sup> KANT, 74.

<sup>435</sup> KANT, 75.

sería contradictoria y no podría afirmarse como ley universal;<sup>436</sup> **2. La promesa falsa o engañosa:** tampoco puede valer como ley universal, “porque la universalidad de una ley que diga que quien crea estar en apuros puede prometer lo que se le ocurra proponiéndose no cumplirlo, haría imposible la promesa misma y el fin que con ella puede obtenerse, ya que nadie creería que recibe una promesa y todos se reirían de tales expresiones como de un vano engaño”;<sup>437</sup> **3. la pereza, el ocio:** tampoco pueden ser ley universal. “Dejar sin cultivo los talentos, entregar la vida al ocio y a la diversión, al goce, no es lo que un ser racional puede querer, sino que se desarrollen en él todas las facultades, porque ellas le son dadas y le sirven para toda clase de propósitos”;<sup>438</sup> y el último de los ejemplos que pone Kant es el que más me interesa aquí, nada menos, que la caridad, la compasión, el deber meritorio para con los demás.

Así **4. (Caridad, amor, compasión):** “una cuarta persona, a quien le va bien, ve a otras luchando contra grandes dificultades. Él podría ayudarles, pero piensa ¿Qué me importa? ¡Que cada cual sea lo feliz que el cielo mismo quiera hacerle: nada voy a quitarle, ni siquiera le tendré envidia: no tengo ganas de contribuir a su bienestar o a su ayuda en la necesidad!”<sup>439</sup> Ciertamente, dice, “si tal modo de pensar fuese una ley universal de la naturaleza, podría muy bien subsistir el género humano, y sin duda, mejor aún que hablando todos de compasión y benevolencia, ponderándola y aun ejerciéndola en ocasiones y, en cambio, engañando cuando pueden, negociando con el derecho de los hombres, o lesionándolo en otras maneras varias. Pero aún cuando es posible que esa máxima se mantenga como ley natural universal es, sin embargo, imposible *querer* que tal principio valga siempre y en todas partes como ley natural, porque una voluntad que así lo decidiera se contradiría a sí misma, ya que podrían suceder algunos casos en que necesitase el amor y compasión ajenos y, entonces, por la misma ley natural proveniente de su propia voluntad, se vería privado de toda esperanza de la ayuda que desea”.<sup>440</sup>

---

<sup>436</sup> *Ibidem.*

<sup>437</sup> KANT, 76.

<sup>438</sup> KANT, 77.

<sup>439</sup> Libertad para Kant es “la independencencia de las causas determinantes del mundo sensible (independencia que la razón tiene siempre que atribuirse)” (KANT, 120). “No podemos demostrarla como algo real, ni siquiera en nosotros mismos y en la naturaleza humana, pero tenemos que suponerla, si queremos pensar a un ser racional y con conciencia de su causalidad respecto de sus acciones; es decir, dotado de voluntad. Y así, nos damos cuenta de que tenemos que atribuir a todo ser dotado de razón y de voluntad esa propiedad de determinarse a obrar bajo la idea de la libertad”. (KANT, 115).

<sup>440</sup> *Ibidem.*

Este párrafo es por demás interesante. En la primera parte, Kant se refiere al egoísta absoluto y, dice que, aunque la humanidad podría sobrevivir con este tipo de actitudes, ello no sería bueno. No puedo “querer” que el otro nada me importe, porque pierdo la esperanza de que yo pueda a importarle a alguien... La voluntad pasaría a contradecirse a sí misma pero no en virtud, fundamentalmente, de un cálculo *estratégico*, sino porque no puedo querer como ley natural universal que valga para todos, en todas partes, que ni yo ni ningún otro necesitemos alguna vez del amor y de la compasión ajenas. Quizá eso pueda hacerme feliz, pero indigno de ser feliz, y sometido a la posibilidad de la eterna indiferencia, no ya propia y hacia los demás, sino de los otros hacia mí.

Según creo, he aquí en Kant la razón más fuerte que nos impide a los liberales “sostener sinceramente” la existencia de los deberes negativos y desconocer a los deberes positivos, a los menos en los términos de mínimo sacrificio, o de sacrificio “trivial” como demanda Garzón Valdés.<sup>441</sup>

Para Kant entonces, la solidaridad con el otro, la caridad, la empatía es uno de “los muchos *deberes reales* o, al menos, de los considerados por nosotros como tales, cuya derivación del principio único citado salta claramente a la vista.”<sup>442</sup> El deber tiene que ser, por lo tanto, para todos los seres racionales -que son los únicos a los que este imperativo puede referirse- y sólo por eso tiene que ser ley para todas las voluntades humanas”.<sup>443</sup>

Luego nos dice Kant que los fines que, como efectos de su acción, se propone a su arbitrio un ser racional (fines materiales) son todos ellos nada más que relativos y no pueden proporcionar ningún principio universal válido y necesario para todo ser racional, ni tampoco para todo querer, es decir, no pueden proporcionar leyes prácticas<sup>444</sup> (es decir, leyes no de aquello que sucede, sino *leyes de lo que debe suceder*).<sup>445</sup>

“Pero suponiendo que haya *algo cuya existencia en sí misma posea un valor absoluto*, algo que, como *fin en sí mismo*, pueda ser fundamento de determinadas leyes, entonces en eso y sólo en eso, estaría el fundamento de un posible imperativo categórico, es

---

<sup>441</sup> GARZÓN VALDÉS, “*Los deberes...*”, 30.

<sup>442</sup> KANT, *Fundamentación...*, 78.

<sup>443</sup> KANT, *Fundamentación...*, 80.

<sup>444</sup> KANT, *Fundamentación...*, 83.

<sup>445</sup> KANT, *Fundamentación...*, 82.

decir, de la ley práctica”.<sup>446</sup> ¿Y cual será ese “algo” que tiene valor absoluto como fin en sí mismo y que fundamenta toda ley práctica (la ley que nos dice lo que debe ser)? Contesta Kant:

*“Ahora digo: el hombre, y en general, todo ser racional existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para el uso de esta o aquella voluntad; en todas sus acciones -no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales- debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin”*. (primera fórmula del imperativo categórico/principio práctico de la voluntad).<sup>447</sup>

*“el imperativo práctico será entonces: obra de modo tal que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y no solamente como un medio”* (segunda fórmula del imperativo categórico/principio práctico de la voluntad).<sup>448</sup>

Y, finalmente: si el sujeto de todos los fines es todo ser racional como fin en sí mismo, según el segundo principio:

*“se sigue el tercer principio práctico de la voluntad, como condición suprema de la concordancia de la misma con la razón práctica universal: la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora”*. (tercera fórmula del imperativo categórico/principio práctico de la voluntad).<sup>449</sup>

“Si entonces tiene que haber un principio práctico supremo, y un imperativo categórico con respecto a la voluntad humana, tendrá que ser tal que por la representación de lo que es necesariamente un fin para todos –porque es fin en sí mismo- constituya un principio objetivo de la voluntad y, por lo tanto, pueda servir de ley práctica universal”.<sup>450</sup>

<sup>446</sup> KANT, *Fundamentación...*, 83.

<sup>447</sup> KANT, *Fundamentación...*, 84.

<sup>448</sup> KANT, *Fundamentación...*, 85.

<sup>449</sup> KANT, *Fundamentación...*, 88. Ver, en especial, VON DER PFORTEN, Dietmar, “On the dignity of man in Kant”, *Philosophy*, Vol. 84, No. 329 (July 2009), 371-391. El autor encuentra en esta tercera formulación del principio práctico (y no en la segunda, como usualmente se hace), el fundamento de Kant para su “teoría sobre la dignidad”.

<sup>450</sup> KANT, *Fundamentación*, 85.

Y entonces Kant pone a prueba los mismos ejemplos anteriores, ahora desde la perspectiva del **imperativo práctico** (del principio de la humanidad)<sup>451</sup> que acaba de enunciar.

**1. El suicida:** quien se destruye a sí mismo, hace uso de su persona como mero medio para conservar una situación tolerable hasta el fin de la vida. “... Pero el hombre no es una cosa y, por lo tanto, no es algo que pueda usarse como simple medio; debe ser considerado en todas sus acciones como fin en sí mismo. No puedo entonces disponer del hombre en mi persona para mutilarlo, corromperlo o matarlo”<sup>452</sup> (¡ni tampoco de otro!) **2. La promesa falsa o engañosa:** “... quien hace una promesa falsa comprenderá, de inmediato, que quiere usar a otro hombre como un simple medio, sin que éste implique al mismo tiempo el fin en sí.”<sup>453</sup> Porque aquel que yo quiero aprovechar para mis propósitos por esa promesa no puede estar de acuerdo en la forma de tratarlo, y, por consiguiente, comprender por sí mismo el fin de esa acción. Salta claramente a la vista esta contradicción contra el principio de los otros hombres cuando se elijen ejemplos de ataques a la libertad y propiedad de los demás, ya que se ve inmediatamente que el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar a la persona ajena como simple medio, sin tener en cuenta que los demás -como seres racionales que son- deben ser estimados siempre como fines, es decir sólo como esos seres que deben contener en sí el fin de la acción misma”;<sup>454</sup> **3. La pereza, el ocio:** ... con respecto al deber contingente, meritorio, para conmigo mismo, no basta que la acción no contradiga a la humanidad en nuestra persona como fin en sí mismo; tiene que concordar con ella... descuidar esos caracteres puede muy bien estar de acuerdo con el **mantenimiento** de la humanidad como fin en sí, pero **no con el estímulo** de tal fin”.<sup>455</sup> Y, finalmente; **4. Con respecto al deber meritorio para con los demás...** cierto es que la humanidad podría subsistir aunque nadie contribuyera a la felicidad de los demás, bastante con que no se le sustrajera nada; pero es una concordancia *meramente negativa -y no positiva-* con la humanidad como fin en sí, el que cada cual no se esfuerce en lo que pueda por estimular los fines ajenos. Porque al ser el sujeto (fin) en sí mismo, sus fines deben ser también -dentro de lo posible- mis fines, si aquella representación debe tener en mí todo su efecto”.<sup>456</sup>

---

<sup>451</sup> Así lo llama, o principio de la humanidad y de toda la naturaleza racional en general como fin en sí misma” (KANT, *Fundamentación...*, 87).

<sup>452</sup> KANT, *Fundamentación...*, 85 y 86.

<sup>453</sup> KANT, *Fundamentación...*, 86.

<sup>454</sup> *Ibidem*.

<sup>455</sup> KANT, *Fundamentación...*, 87.

<sup>456</sup> *Ibidem*.

Kant nos habla también de *la dignidad*, caracterizada como aquello que no puede ser usado como medio. Que es un fin en sí mismo y, por tanto, objeto de respeto. Dice: “...los seres cuya existencia no se apoya en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, no obstante, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman *cosas*. A los seres racionales, en cambio, se los llama *personas*, porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos esto es, como algo que no puede ser usado meramente como un medio y que, por lo tanto, limita en ese sentido todo arbitrio (y es un objeto de respeto).”<sup>457</sup>

### 3. Compatibilizando a Mill con Kant.

Bien, tenemos ya presentados a dos pensadores centrales de la libertad: Mill y Kant. Sobre la base de dos de las obras centrales de sus doctrinas y de sus propuestas. Veamos ahora, primero, si ellas pueden compatibilizarse, como sugerí al principio. Luego cuales son los principios que pueden resultarnos de interés para comprender y para resolver las situaciones de conflicto interpersonales derivadas de la necesidad (fundamentalmente de la agresiva). Y, por último, cómo se aplicarían esos principios a los casos hasta ahora presentados.

Tanto Mill como Kant tienen una fe ciega en el hombre. Confían en sus capacidades y son la base de su construcción. Pero no conciben, no piensan ni desean, a un hombre aislado de la sociedad, “mirando su propia individualidad” (*su propio ombligo*, como acusó Ticio). Por el contrario, son dos *defensores fuertes* de los compromisos sociales como un deber moral de la máxima importancia, de las demandas y de las respuestas que de ellas pueden derivarse en la vida en común.

Ambos parten del mismo principio de la moral general: “trata al otro como quisieras que te trataran a ti”. Lo principal, en los dos es la *libertad negativa*, es decir la prohibición de dañar al otro. Y, fundamentalmente en Kant también el respeto a la persona en razón de la dignidad intrínseca que cada ser humano posee y demanda.

Aún con el acento en la libertad negativa (*freedom from interference*), Mill y Kant reconocen a la libertad positiva, y también a los deberes positivos generales que de ella se derivan: ayudar, solidarizarse con el otro, promover el bienestar ajeno. La cuestión es cómo

---

<sup>457</sup> KANT, *Fundamentación...*, 84.

llevar esas demandas negativas (no dañar) y positivas (contribuir al bienestar, ayudar) al mundo del actuar práctico. Allí donde las cosas se deciden, los conflictos aparecen y “las papas queman”.

Kant nos habla del amor, de la ayuda al otro, pero *como un deber* principal de nuestra condición de persona. De ello que nos hace libres pero, sobre todo *dignos de ser libres*. De ser buenas personas. Nos habla de respeto por el otro y de nuestro deber de reconocimiento de su propia dignidad.

Mill nos habla, claramente, de una prevalencia de los deberes negativos por sobre los positivos. Y entre estos, de los especiales sobre los generales. Ambos nos aportan pautas muy claras sobre qué es lo que se espera de cada uno en una situación de conflicto interpersonal. Tanto del necesitado (de aquel amenazado por un peligro), cuanto del llamado al sacrificio.

Ambos reconocen a la felicidad como un fin deseable del hombre y un orientador de su conducta. Pero, los dos, la subordinan a la justicia<sup>458</sup> y a la búsqueda, aquí (Mill) o en otro sitio (Kant), no de una satisfacción sensible sino de la satisfacción moral del hombre. El hombre digno de ser feliz en Kant. Muy, (pero muy) cerca: “el hombre con *voluntad noble, con grandeza de carácter*” de Mill.<sup>459</sup>

---

<sup>458</sup> Creo que debo mostrar algo más de Mill sobre el punto. Dice: “La justicia sigue siendo el nombre adecuado para determinadas utilidades sociales que son mucho más importantes y, por consiguiente, más absolutas e imperiosas que ningunas otras, en cuanto clase (aunque no más que otras puedan serlo en casos particulares) y que, por tanto, deben ser, como de hecho lo son naturalmente, protegidas por un sentimiento no sólo de diferente grado, sino de diferente calidad, que lo distingue del sentimiento más tibio que acompaña a la simple idea de promover el placer o la conveniencia humanos, tanto a causa de la fuerza más concreta de sus mandatos como por el carácter más severo de sus sanciones.” Y “(la felicidad...) como todas las demás máximas de justicia, ésta no es tampoco, en modo alguno, aplicable o sostenible universalmente. Por el contrario, como ya he indicado, se subordina a la idea que todo el mundo tiene de la conveniencia social. Con todo, siempre que se considera en modo alguno aplicable, se mantiene que es un dictado de la justicia. Se considera que todas las personas tienen *derecho* a igual tratamiento, excepto cuando alguna conveniencia social reconocida requiere lo contrario. De aquí que todas las desigualdades sociales que han dejado de considerarse convenientes asuman el carácter no simplemente de no convenientes, sino de injustas, y resulten a la gente tan tiránicas que se pregunten cómo pudieron haber sido toleradas jamás, olvidando que tal vez ellos mismos toleren otras desigualdades de acuerdo con una noción igualmente errónea de la conveniencia.” (MILL, *El utilitarismo...*, 139 y 137).

<sup>459</sup> “Admito por completo que esto es cierto: que *el cultivo de una nobleza ideal de la voluntad y la conducta debe ser un fin para los seres humanos individuales*, para los cuales la búsqueda específica ya bien de su propia felicidad o la de los demás (excepto en la medida en que estén incluidas en aquella idea) debe abandonarse, en caso de conflicto. Sin embargo, mantengo que la propia cuestión relativa a lo que constituye esa *grandeza de carácter* ha de ser ella misma decidida mediante referencia a la felicidad como criterio. El propio carácter debe ser, para el individuo, un fin principal, simplemente porque la existencia de esta nobleza ideal de carácter, o un acercamiento aproximado a la misma, en cualquier grado, contribuirá, más que ninguna otra cosa, a la realización de una vida humana feliz tanto en el sentido comparativamente modesto del placer y la liberación del dolor, como en el sentido más elevado de convertir la vida no en lo que es ahora casi universalmente, pueril e insignificante, sino en algo que pueda ser apetecido por seres humanos con facultades altamente desarrolladas.” MILL, “Un sistema de la lógica. Capítulo XII. Sobre la lógica de la práctica o del arte, incluyendo la moralidad y la prudencia”, en *El Utilitarismo*, 143- 156; aquí 155-156).

Veamos.



## Capítulo VIII. Principios liberales que fundamentan y limitan tanto el derecho de salvaguarda como el deber de tolerancia.

Un sistema de Derecho (penal) liberal debe estar conformado, fundamentalmente, en torno al *respeto y a la protección de los derechos individuales básicos*<sup>460</sup>, *de cuyo reconocimiento se derivan los principios de a) autonomía individual y b) de dignidad de la persona humana*. Se trata de derechos morales que los hombres tienen. Y no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en las que un individuo puede encontrarse. Los tienen por el sólo hecho de ser hombres.<sup>461</sup>

Conforme hemos visto ya, frente al peligro que lo amenaza, el sujeto tiene tres opciones: a) puede elegir no hacer nada (es decir que el mal que se anuncia se concrete afectando su esfera de intereses (bienes, derechos); b) puede elegir reaccionar defensivamente contra la fuerza del peligro (defenderse de ese mal) o; c) puede elegir accionar contra un tercero para escapar, de ese modo, al peligro.

En mi propuesta, *la autonomía individual resulta el principio rector para resolver las situaciones de necesidad, la idea rectora principal*. De ella, tal como ya en su tiempo ya propuso Baldó, se derivan tres *principios operativos de segundo nivel*: a) el principio de autodefinición de intereses propios (que tiene que ver especialmente con la primera opción); b) el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador que origina riesgos para terceros (que tiene que ver con la segunda); y; c) el principio de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas -a terceros- (que tiene *mucho* que ver con la tercera).

Pero, además del principio rector de la autonomía individual (y de su derivado principal, el principio de responsabilidad), tenemos al **principio de la dignidad de la persona humana**. Yo no puedo decir si la dignidad precede o es condición de la autonomía o es exactamente al revés (como propone Kant). Sí que es un principio central para la teoría

---

<sup>460</sup> Su alcance es materia de controversia. Sin embargo “hay un relativo acuerdo en que ellos incluyen la libertad de conciencia y de expresión, el derecho de asociación, el de no ser discriminado por razones de raza, origen, religión o sexo, el de elegir trabajo y lugar de residencia, el de ser respetado en su vida e integridad física, el de no ser sancionado sin un debido proceso legal” (NINO, *Introducción...*, 418).

<sup>461</sup> NINO, *Introducción...*, 417.

liberal clásica y que una de sus funciones principales es la de poner límites al principio de autonomía.

Estos dos principios, conforme se examinará despliegan efectos en todos los momentos en los que una situación de necesidad se desarrolla (desde su origen, con el nacimiento del peligro, hasta la salvaguarda mediante la afectación típica de otro).

### **1. El punto de partida: la autonomía individual.**

El *principio material de la autonomía individual* resulta el punto de partida ineludible para la ordenación de la vida social y, por ende, de la jurídica y de la jurídico penal. Tanto de sus mandatos, cuanto de sus permisos y de sus prohibiciones. Dice Ricardo Robles: “*la noción de autonomía parece ser la más robusta de las construcciones para hallarse en el principio de cualquier reflexión sobre el sentido de los mandatos y de las prohibiciones normativas. La imagen del ser humano como ser autónomo obliga a la persona a desarrollarse considerando a los demás. El núcleo esencial de las expectativas recíprocas individuales se construye sobre el presupuesto de la autonomía. Y es la autonomía –mejor dicho la compatibilización de todas las esferas autónomas- la que sostiene la ley general (en sentido kantiano)...*”.<sup>462</sup>

En el mismo sentido, explica Baldó, *el principio nuclear de autonomía individual* presupone la separación entre esferas organizativas autónomas, en las que cada individuo ejerce su libertad organizativa, su propia autodeterminación, libre de interferencias de terceros. Pero, advierte, autonomía individual *no es sólo libertad de organización* sino, también, *responsabilidad por la propia organización*. Es decir, respeto por toda otra autonomía ajena igualmente legítima (aspecto positivo) o responsabilidad por la falta de ese respeto (aspecto negativo). Así, todo individuo tiene reconocida una amplia competencia primaria para organizar libremente su propia vida, a condición de que con ello no cuestione la competencia ajena (*alterum non laedere*).<sup>463</sup>

Ya con Gayo y trescientos años después con Justiniano, se tenía clara la importancia de la idea de libertad para el Derecho: “*La libertad ... es la facultad natural que cada uno*

---

<sup>462</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, “Introducción a la edición española” de AA.VV., *Dogmática de los límites al Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2013, 26.

<sup>463</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 47 y 48

*tiene de hacer lo que le plazca, a no ser que la fuerza o la ley se lo impidan*".<sup>464</sup> El principio de autonomía prescribe que los adultos con competencia normal, tienen el derecho de tomar, por sí mismos, decisiones importantes definitivas de sus propias vidas.<sup>465</sup> Y que, por lo tanto, *el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida individuales e ideales de excelencia humana*, limitándose a diseñar instituciones y a adoptar medidas que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente y que impidan la interferencia mutua en el curso de tal persecución.<sup>466</sup> Se trata del *derecho de la persona a ser dejado a solas (the right to be let alone)*<sup>467</sup> no por la religión, la moral o la filosofía, sino fundamentalmente por el Estado y por los demás, para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su propio plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y, mucho más, si es coactiva. *Sólo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios, que se encuentra en juego la convivencia social pacífica, admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual*".<sup>468</sup> Tal como lo recordó nuestra Corte Suprema, *"la idea de la autonomía de la conciencia y de la voluntad personal, resulta fundante de la democracia constitucional"*.<sup>469</sup> Ella "... se inscribe en un conjunto de disposiciones de la Carta Magna tendientes a consagrar un esquema de ordenada libertad<sup>470</sup>, que está conformado por los

---

<sup>464</sup> JUSTINIANO, *Instituciones*, ed. bilingüe, Heliasta, Buenos Aires, 2005, Libro Primero, Título III.I, 27. Y al título lo precede este párrafo: "12. Todo nuestro derecho se refiere ya a las personas, ya a las cosas, ya a las acciones. Tratemos primero de las personas, porque poco se conoce el Derecho si no se conocen las personas por cuya causa se halla constituido".

<sup>465</sup> DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Madrid, 1998, 290. Y en 293: "El valor de la autonomía deriva de la capacidad que protege: la capacidad para expresar el carácter personal de la vida que uno lleva, esto es, valores, compromisos, convicciones, intereses, tanto críticos como de experiencia. El reconocimiento de un derecho individual de autonomía hace posible la auto-creación. Permite a cada uno de nosotros, hacernos responsables para conformar nuestras vidas de acuerdo a nuestra propia personalidad coherente o incoherente, pero, en cualquier caso, distintiva."

<sup>466</sup> NINO, *Introducción...*, 420. Para la descripción de su opuesto, el enfoque perfeccionista, y su crítica, op. y loc. cit y NINO, Carlos Santiago "¿Es la tenencia ....? 743-758.

<sup>467</sup> La expresión se originó en COOLEY, Thomas, *Treatise of the law of torts*, 1ra. ed. 1879 "*personal immunity: the right of one person may be said to be a right of complete immunity, the right to be let alone*". Poco después se publicó un trabajo que tuvo gran influencia posterior. Fue el de WARREN y BRANDEIS, "The right to privacy", *Harvard Law Review*, 193, 1800. Pero ese derecho tiene allí un contenido más limitado que el original. Estos autores estaban especialmente preocupados por la interferencia o la lesión a la libertad que representaba la recopilación y la posterior publicación que los medios de prensa, especialmente la escrita, hacían de las cuestiones privadas de las personas (ver GLANCY, Dorothy "The invention of the right to privacy", *Arizona Law Review*, vol. 1, 1979, 1 a 39. En especial, y respecto de las referencias que hago, 1 y 24).

<sup>468</sup> CSJN "Bazterrica, Gustavo, M", 1986/08/29, LL, 1986-D, 547-585, considerando 9º del voto del Juez Petracchi. Destacado en el original.

<sup>469</sup> CSJN "Bazterrica, Gustavo M."... considerando 9 del voto del Juez Petracchi.

<sup>470</sup> Así lo denomina el Juez Cardozo en el caso "Palko v. Connecticut" (302 U.S. 319-1937).

derechos básicos de los individuos e impide al legislador *obrar caprichosamente de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener*”.<sup>471</sup>

Como hemos visto, ya en tiempos modernos fue John Stuart Mill quien más destacó la prevalencia del principio de la libertad como central en cualquier construcción política y social. En “*Sobre la libertad*”, dice Mill que no existe un estilo de vida mejor que otro en términos generales, sino que para cada persona, bajo la condición de tener a su disposición una cierta cantidad de experiencia, su propia forma de desarrollar su existencia es la mejor, no porque sea la mejor en sí misma, sino porque es la suya. La espontaneidad, la originalidad, es un valor en sí, porque seguir las normas que nos marca nuestro propio carácter es un ingrediente de la felicidad humana. La excelencia en la conducta humana no puede ser, ni resultar de que las personas se “asimilen” las unas a las otras. Podemos aprender de la experiencia ajena, pero hacerlo es decidir si la misma resulta aprovechable para nosotros o para nuestras circunstancias. Aquel que deje que los demás o la opinión pública elijan por ella su plan de vida, escribe Mill, “*no necesita otra facultad que la de los monos, la facultad de imitar*”.<sup>472</sup>

### **1.1. ¿Planes de vida moral y/o jurídicamente aceptables e inaceptables?**

Ahora bien, ¿es todo plan (o cualquier plan) de vida merecedor de esa protección constitucional? ¿Es cualquier plan de vida moralmente aceptable? ¿Es cualquier plan de vida jurídicamente, aceptable?

Supongamos, en un ejemplo de Rawls, a un individuo racional y hábil matemático, que se gana la vida resolviendo complejos problemas en bien de la ciencia y de los hombres,

---

<sup>471</sup> Permítanme transcribir, por lo menos, dos considerandos del voto del Juez Petracchi en Bazterrica: “Conviene recordar la síntesis acuñada en el siglo pasado por Cooley cuando define el derecho de privacidad como el ‘derecho a ser dejado a solas’, fórmula ya clásica que significa que la persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado –no por la religión, la moral o la filosofía- para asegurar la determinación autonomía de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa, más si es coactiva. Sólo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios, que se encuentra en juego la convivencia social pacífica, admitiría, por vía excepcional, la intromisión estatal en esa dimensión individual... la protección material del ámbito de privacidad resulta pues uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias” (considerando 9)... “De esta manera el art. 19 de la Constitución Nacional, establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía promover, el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho a los demás.... Por consiguiente, las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos, ni perjudiquen a terceros, aún cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, quedan, en virtud del art. 19 de la Constitución Nacional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales” (considerando 12, fine). (CSJN, “Bazterrica”, del voto del Juez Petracchi).

<sup>472</sup> MILL, *Sobre la libertad*, 123.

pero que lo que entiende como “su propio bien”, y aquello que, además, le proporciona el máximo placer, consiste en algo visiblemente inútil para los demás: contar briznas de pasto en determinadas partes de su jardín...<sup>473</sup>

Pero subamos la apuesta. Supongamos un ejemplo más dramático de aquello que podríamos denominar no ya “*planes de vida a lo menos parcialmente inútiles desde la perspectiva general*”, sino del todo inútiles, tanto que hasta no resulte exagerado calificarlos como “*planes de vida francamente irracionales*”. Para ello, presentemos ya a Demetrio.

### **Caso 9. “Demetrio, el adorador de terrarios”.**

#### **9.1. Variante de estado de necesidad defensivo:**

*Alberto tiene su fundo inundado por la rotura de un caño de la calle producida por la caída de un árbol. Si la inundación se mantiene, perderá toda su producción de remolachas, con la que alimenta a su familia. Para escapar del peligro, Alberto puede cavar una zanja de desagüe hacia un predio lindero vacío (tiene dueño, pero no está ocupado) o levantar las protecciones que lo separan del fundo de su vecino, Demetrio, para que el agua escurra hacia su parcela, más baja. Sabe que Demetrio cuida con esmero, y por puro deleite, un “estúpido terrario” que, sin dudas, se perderá si hace eso. Aún así, Alberto emprende la esforzada tarea de cavar la zanja que da al predio abandonado.*

#### **9.2. Variante de estado de necesidad agresivo:**

*Alberto retira las protecciones y el agua inunda el predio de Demetrio quien pierde su preciado terrario.*

En 9.1. (opción por el estado de necesidad defensivo) el peligro es *casus* (mala suerte, desgracia) para Alberto, la inundación parece ser “su” problema y, en principio es él, a falta de un responsable a la mano por el peligro, el candidato natural a resolverlo. Pero la ley lo habilita, en principio, a emprender la acción de salvaguarda contra cualquiera, en tanto cause un mal menor. La opción que elige, entre las dos que se presentan como posibles, parece la mejor (la más digna), porque a pesar de que su acción le demanda un esfuerzo personal, mantiene el peligro en la esfera en que se suscitó sin involucrar lesivamente a terceros inocentes (el fundo tiene dueño, pero está desocupado. El agua ya escurrirá con el tiempo).

En 9.2. (opción por el estado de necesidad agresivo) Alberto elige la alternativa de accionar contra Demetrio, el vecino inocente. Y de provocarle un daño que, sabe, resulta muy grave para él: la pérdida del terrario. Si de lo que se trata es de la pérdida para Alberto de la

<sup>473</sup> RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, F.C.E., Méjico, 1973, 478.

fuerza del sustento familiar contra la pérdida (sólo) “del estúpido terrario”, a lo sumo, un “pasatiempo” para el vecino, probablemente se afirme que Alberto “evidentemente” causó un mal menor para evitar uno mayor. Consiguió su propia liberación del mal a costa del otro. Consiguió su felicidad, pero no parece digno de ella porque lo hizo a expensas de la dignidad ajena y a costa de una porción de la libertad de organización sensible para el otro. La cuestión, o la solución, pueden cambiar si se pondera la importancia personal que el terrario tiene para Demetrio. Y la pregunta es si ello resulta o no relevante para la solución del caso. Lo sabemos.

Demetrio explicó al Juez en el juicio que se le siguió al vecino, que es un declarado y orgulloso “*adorador de terrarios*”. Que dedica prácticamente todo su tiempo a su cuidado, y a la minuciosa observación y atención de los numerosos insectos y lombrices que lo habitan. Hasta aconsejó al Juez echarles una atenta mirada de vez en cuando, “porque así se aprende mucho de la vida”. Tanta admiración manifestó profesar por el hábitat y por sus *habitantes*, que acaso no exagero si dijese que sería capaz de dejarse cortar un brazo antes de perder el terrario. Por cierto que resultaría inimaginable, por ejemplo, que Demetrio dejaría que alguien amenazado por un peligro cualquiera(aún de uno contra su vida), ¡lo pisara! Antes, debería “pasar sobre su cadáver”. Y Demetrio declaró también al Juez, y me dicen que siempre lo hizo, a quien lo quisiera oír, que tampoco está dispuesto a hacer nada (por ejemplo ayudar a alguien en peligro) “mientras ocupa su tiempo en su precioso menester”.

Muchos estarían seguramente dispuestos a rechazar ese derecho a la elección del propio plan de vida de parte de sujetos como Demetrio, a quienes no dudarían en calificar o bien de esencialmente egoístas, o de obsesivos compulsivos o hasta de neuróticos sin remedio. Otros podrían considerar que no son ni una cosa ni la otra. Simplemente se trata de personas *libres* de conformar su existencia, y que lo hacen como mejor les parece y, también, como más les place. Y no molestan o dañan a nadie con ello. Personalmente, no me sentiría incómodo si me incluyeran dentro de este último grupo.

Vamos ahora a otros ejemplos. Se trata de casos de sujetos que eligen, o por debilidad de carácter o por convicción, planes de vida que los arruinan, que los llevan a su propia destrucción. Por ejemplo, el pródigo que dilapida - prolijamente, y con deleite-, los bienes que a sus ancestros costó muchos años y trabajo reunir, pero que ahora resulta que son enteramente suyos. O pensemos en aquél que elige el camino más directo hacia la

autodestrucción merced, por ejemplo, al abuso de las drogas, del alcohol o de otros venenos. ¿Tenemos también que “respetar” esos planes de vida?

Una mirada desde la ética<sup>474</sup> resulta reveladora de las diferencias en las respuestas posibles a estas elecciones.

Aristóteles, negaría el tal derecho a la no injerencia del Estado en todos estos casos. Para Aristóteles, el hombre se distingue de las piedras en la característica del movimiento, del cambio permanente. Y se separa de las bestias, en que es portador de libertad y, por tanto, de responsabilidad. Pero a esa libertad la utiliza en pos de su felicidad<sup>475</sup>. Como en Aristóteles la felicidad tiene una relación directa *con la virtud*, por lo que esa búsqueda no es libre (o no puede ser libre). Todo lo que debe buscarse esencialmente en la vida es la virtud (aquellas mismas virtudes que luego retoma la ética cristiana y convierte en virtudes teologales).<sup>476</sup> La felicidad consiste (o sólo puede consistir) en obrar el bien, por lo que no puede acompañar nunca al vicio<sup>477</sup>. Así, la plenitud en Aristóteles, no es placer. Tiene que ver, sobre todo, con desplegar lo que yo tengo como posibilidad, como potencial. No se trata de utilidad (Bentham), tampoco de deber (Kant). Aristóteles sí puede decir que contar briznas de pasto es irracional, porque va contra la naturaleza del hombre, contra su esencia de mejorar, con el camino hacia la virtud. “Contar pastitos” no puede hacer a la finalidad humana, pues no tiene que ver con el desarrollo de mis potencialidades (creo que el estagirita diría “*usted puede más que contar pastitos. Usted está hecho para algo más que para contar pastitos*”). El problema, con el caso del ejemplo, es que el sujeto sí dedica buena parte de su tiempo a actividades útiles para la sociedad y que tienen que ver con el desarrollo de sus potencialidades: resuelve complejos problemas matemáticos. Y sólo cuenta pastitos, que es aquello que realmente lo hace feliz, aquello con lo que consigue su propio bien... en una parte del resto de su tiempo. Pero ni aún así, según creo, conformaríamos al gran Aristóteles.

Para la doctrina católica, si tomamos por ejemplo a San Agustín, ninguna naturaleza, en cuanto tal, es mala. Y es buena en cualquier circunstancia en que se encuentre, mientras

---

<sup>474</sup> La Ética o Filosofía Moral es el estudio filosófico-práctico de la conducta de los hombres, de sus actos libres y voluntarios y de su adecuación al bien o al mal. (Ver RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética General*, 6ta. Ed. Universidad de Navarra S.A., 19-23).

<sup>475</sup> “Los bienes que el hombre puede gozar se dividen en tres clases: bienes que están fuera de su persona, bienes del cuerpo y bienes del alma, consistiendo la felicidad en la reunión de todos ellos” (ARISTÓTELES, *La política*, Terramar Ediciones, Buenos Aires, 2014, 115).

<sup>476</sup> “No hay nadie que pueda considerar feliz a un hombre que carezca de prudencia, justicia, fortaleza y templanza, que tiemble al ver volar una mosca, que se entregue a sus apetitos groseros de comer y beber, que esté dispuesto, por la cuarta parte de un óbolo a vender a sus más queridos amigos y que, no menos degradado en punto a conocimiento, fuera tan irracional y tan crédulo como un niño o un insensato...” (ARISTÓTELES, *La política*, 115/116).

<sup>477</sup> ARISTÓTELES, *La Política*, 117.

conservar *el modo, la belleza y el orden*. Dejará de ser buena si pierde totalmente el modo, la belleza y el orden, porque en ese caso dejará de existir. Todas las cosas son tanto mejores cuanto son más moderadas, hermosas y ordenadas, y tanto peores cuanto menos moderadas, hermosas y ordenadas son. La naturaleza mala es, pues, aquella que está corrompida, porque la que no está corrompida, es buena.

Bajo la mirada de Agustín entonces, en tanto ninguno de los ejemplos de estas formas de actuar o de vivir exhiben modo, belleza y orden (y, algunos, muestran exactamente lo contrario), tampoco pueden, aunque libremente asumidas, constituir planes de vida moralmente aceptables.<sup>478</sup>

Vamos ahora a Kant. Para este filósofo, como vimos, el que obra pensando en la utilidad o en la felicidad, sencillamente, no obra moralmente. El eje de la moral está en la *idea del deber* (no en el cálculo beneficio- perjuicio). *“Es de la mayor importancia en todos los juicios morales poner atención con suma exactitud al principio subjetivo de todas las máximas para que toda la moralidad de las acciones esté puesta en la necesidad de las mismas, por deber y por respeto a la ley, no por amor e inclinación a aquello que deben producir las acciones. Para los hombres y todos los seres racionales creados, es la necesidad moral compulsión, es decir, obligación, y toda acción fundada sobre ella ha de representarse como deber, y no como un modo de proceder, amado ya por nosotros mismos o que pueda llegar a serlo”*. Y también *“... Muy hermoso es hacer el bien a los hombres por amor a ellos y por benevolencia compasiva, o ser justo por amor al orden, pero esa no es todavía la legítima máxima moral de nuestra conducta (...) Deber y obligación (Schuldigkeit) son las únicas denominaciones que nosotros debemos dar a nuestra relación con la ley moral...”*.<sup>479</sup>

Entonces sólo estará obligado aquello debido (por la ley moral). Y, de otro lado, la ley (material) no puede obligar a hacer aquello que no tiene trascendencia a terceros porque el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser mediatizado, es decir *utilizado* en beneficio de otros. Kant, según creo, dejaría en paz a Demetrio pero no legitimaría supuestos de autodestrucción. Porque ello contradiría la ley universal y porque el hombre no es una cosa, es un fin en sí mismo y ni siquiera yo puedo disponer de mi persona para corromperla, mutilarla o terminarla.<sup>480</sup> Mill decidiría igual. Aceptaría gustoso a Demetrio o al que cuenta briznas de hierba, pero rechazaría la posibilidad planteada en el último de los supuestos, esto

---

<sup>478</sup> SAN AGUSTÍN, “De la naturaleza del bien”, *Obras de San Agustín*, B.A.C., T.III, Madrid, 1971, aquí Capítulos III, IX y XVII).

<sup>479</sup> KANT, *Crítica de la razón práctica*, Porrúa, México, 1977, 148.

<sup>480</sup> Ver *supra*, cuando Kant trata los casos de suicidio a la luz del principio universal y de los imperativos prácticos.



es la de que alguno se autodestruya libremente (por medio de las drogas o el alcohol) porque, en realidad, no lo hace “libremente”.

Vamos ahora al liberalismo contractualista e igualitario, de la mano de su exponente moderno principal, John Rawls.<sup>481</sup> Recordemos sus dos principios fundamentales: el primero: que cada uno tiene derecho a la máxima libertad compatible con igual libertad de los demás. El segundo -el principio de la diferencia-, aplicable a bienes de tipo social y económico, que ellos también deben ser distribuidos igualitariamente, salvo que una distribución desigual favorezca a los menos favorecidos, a los que están en peor posición. Si vamos a su ejemplo del sujeto que cuenta pastos, dice que la persona elabora su (plan o proyecto de) vida como quiere. Si el bien para el sujeto es contar hierba, aunque sólo lo sea para él, ello no resulta irracional (a lo menos desde *su* propia perspectiva, que es una de las que cuenta...). La exactitud del bien para una persona no requiere que sea bueno para otros en términos aristotélicos. ¡Adelante! diría Rawls en todos estos casos.

Finalmente, una postura distinta y que me resulta, como siempre, muy satisfactoria, es la de Carlos Nino. Respecto de la autonomía dice que este principio afirma que es valioso que la gente elija su propio ideal de excelencia o su propio plan de vida. Y a la hora de examinar si la moral y, fundamentalmente el Derecho, pueden ingresar en esa elección, Nino distingue dos dimensiones dentro del sistema de moral ideal: por un lado la dimensión *interpersonal o intersubjetiva* -las reglas que prohíben aquellas acciones que afectan intereses de terceros-. Y, por otro lado, la moral subjetiva, privada o *autorreferente* –constituida por ideales de excelencia personal- por modelos de virtud personal. A diferencia de una moral perfeccionista o paternalista, y desde una perspectiva liberal, enseña Nino que el Derecho sólo puede hacer efectivos los principios de una moral intersubjetiva y que, en cambio, debe defenderse la autonomía de las personas para la elección de planes de vida e ideales de excelencia humana.<sup>482</sup>

Asumimos el derecho de vivir a nuestra manera, queremos que nuestra vida sea auténtica, que emane de nuestro interior y no de imposiciones sociales. Queremos, necesitamos, exigimos, un ámbito de libertad que nos permita desarrollar aquello que

---

<sup>481</sup> RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1973. “Rawls es heredero de una tradición contractualista que se remonta a Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, se preocupa por identificar los esquemas institucionales justos para la sociedad y concentra su atención en lo que identifica como la justicia perfecta” ... tanto Rawls como Sen son *liberals* o *liberales igualitarios*, posición que fuera del ámbito anglosajón conocemos como socialdemócratas” (MIGLIORE, Joaquín, “Amartya Sen: La idea de la justicia”, *Revista Cultura Económica*, 29 (81-82), 13-26. Aquí, 14-16).

<sup>482</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ocho lecciones sobre ética y Derecho (para pensar la democracia)*, Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2013, 126 y 127.

encontramos nos es propio.<sup>483</sup> Entre nosotros, la postura de Nino es la que mejor se identifica con mi pensamiento y con mi propuesta.

## 1.2. La libertad expresiva y la libertad meramente instrumental.

Es cierto que puede que la elección que hagamos de nuestro propio plan de vida (por ejemplo, abusar del alcohol, o de las drogas) nos dañe a nosotros mismos e, indirectamente, a los otros. Pero estimo que esos males (que resultan indudables), son menores que los que causaría una restricción de nuestra libertad de acción y que pusieramos nuestras vidas a disposición de las ideas morales de unos gobernantes que, en principio, no son ni mejores ni más sabios que cualquiera de nosotros. A nuestro bien tenemos que descubrirlo nosotros mismos. Y, está claro que no somos infalibles, ¡pero tampoco podemos decir que lo sean nuestros gobernantes o nuestros conciudadanos!<sup>484</sup>

De todos modos, nuestra libertad de acción no es ilimitada, y tampoco la planificación acerca de nuestra vida. Además de las contingencias que todos atravesamos, tenemos tanto deberes morales para con los otros, en nuestra condición de personas, es decir fines en sí mismos y dotados de dignidad, cuanto deberes legales en calidad de ciudadanos sujetos a la ley.<sup>485</sup> Construye tu vida como quieras, pero no perjudiques a un tercero. En tanto lo hagas, termina tu libertad y se habilita la injerencia de otros o del mismo Estado en tu plan de vida. Construye tu vida como quieras, pero con consideración y con respeto al otro. Y dentro de la ley.

No resulta fácil decir, por ejemplo, López Sastre, si es que alguien necesita sangre, o un riñón, y otro quiere vendérsela/o, aceptar la respuesta de Mill: “que cada cual se inmiscuya

---

<sup>483</sup> LÓPEZ SASTRE, Gerardo, *John Stuart Mill, el utilitarismo que cambiaría el mundo*, La Nación, Colección Descubrir la Filosofía, Nro. 36, Buenos Aires, 2016, 51 a 53.

<sup>484</sup> “Si la esencia de los hombres consiste en que son seres autónomos –autores de valores, de fines en sí mismos, de la autoridad última que se funda, precisamente, en querer libremente- entonces nada hay peor que tratarlos como si no fueran autónomos, como objetos naturales, accionados por influencias causales, como criaturas a merced de estímulos externos, cuyas elecciones pueden ser manipuladas por los gobernantes mediante la amenaza de la fuerza o el ofrecimiento de recompensas. Tratar a los hombres así es tratarlos como si no pudieran determinarse. Kant decía que *nadie puede obligarme a ser feliz a su manera* y que, por ello, *el paternalismo es el mayor despotismo imaginable*” (BERLIN, “Dos conceptos de libertad”, en *Sobre la libertad*, 222 y nota 23).

<sup>485</sup> Nuestros deberes morales privados y públicos no son los mismos. Ya lo decía Aristóteles: “no puede existir identidad entre la virtud del ciudadano y la del hombre privado (ARISTÓTELES, *La Política*, 80 y 81). El ciudadano es, dice el estagirita, “como el marinero. Es miembro de una asociación... todos (desde su lugar o posición) concurren al fin común, es decir a la salvación de la tripulación, que todos tratan de asegurar y a las que todos aspiran igualmente... Los ciudadanos se parecen exactamente a los marineros, no obstante la diferencia de sus destinos, la prosperidad de la asociación es su obra común, y la asociación, en este caso, es el Estado (la suma de todos los ciudadanos)”. (ARISTÓTELES, *La Política*, 80).

en sus asuntos, adelante”. Este autor, ensaya otra respuesta a esta compleja cuestión que me resulta convincente.

Tiene que ver con una distinción (que Mill no hizo) entre lo que podemos llamar un *“uso expresionista”* y un *“uso meramente instrumental” de la libertad*. Conductas expresionistas serían aquellas que afectan a los fines de una persona, aquellas con las que la persona busca manifestar su naturaleza interior y desarrollar su personalidad; cultivar su carácter. Así, por ejemplo, el empleo del cinturón de seguridad (ejemplo que también utiliza Nino) en principio sólo me afecta a mí, y el Estado no debería imponer su uso. Pero la verdad es que su empleo, o mejor, la prohibición de su no empleo, *no tiene ningún valor expresivo*, ningún valor relacionado con los fines últimos por los que una persona puede decidir regir o encaminar su vida. Por eso, su carácter obligatorio afecta únicamente a una conducta instrumental y de ningún modo podemos decir que afecte nuestro plan individual.

Lo mismo puede decirse de la venta o de la donación de sangre o de órganos. No tienen valor o carácter expresivo de nuestro plan de vida, sino que su valor es completamente instrumental, y sólo pueden explicarse, en su caso, por las circunstancias de una pobreza que se busca así paliar. Ello no integra el plan de vida de una persona, es producto de las circunstancias.<sup>486</sup>

¿Y qué decir del abuso del alcohol o de las drogas decididos “libremente” por la persona? Contesta López Sastre que en Mill también se encuentra la afirmación de que el principio de libertad no puede permitir “que una persona sea libre de no ser libre”. El poder renunciar a la libertad no es un ejercicio de libertad. Entonces, sigue López Sastre, igual que no se autoriza que una persona pueda venderse a sí misma como esclava, cabría argumentar que podría inhibirse el uso de sustancias cuyo poder adictivo es tan grande que prácticamente anula la libertad de una persona.<sup>487</sup> Ello, como veremos, parece más referido al principio de dignidad de la persona humana que al que hemos tratado. Y me parece que las limitaciones a esa “libertad de autodestrucción” deben venir por ese lado.

Un ordenamiento liberal es un orden de justicia. Porque es dar a cada uno lo que merece en su justa medida y de acuerdo a las circunstancias. Y “lo que merece” será de acuerdo al uso que el individuo haga de su propia libertad. Es decir, en consideración a sus propias decisiones libres que generan, o hacen nacer, su propia responsabilidad.

---

<sup>486</sup> LÓPEZ SASTRE, 56 y 57.

<sup>487</sup> LÓPEZ SASTRE, 58 y 59.

Sólo así se trata al individuo como persona, en su individualidad, con respeto a su autonomía y no en consideración a los demás. Es decir, con respeto también a su dignidad (en tanto *es* persona).

La libertad, en todas sus expresiones, es constitutiva de la noción de persona y existe un ámbito, cuya extensión es necesario precisar, en la que el individuo tiene derecho a estar solo, debe estar libre de cualquier interferencia tanto de otros hombres como del Estado para que pueda construir su propio plan de vida, a su gusto y con toda la expresividad y potencialidad que podemos reconocer en todos y cada uno de nosotros. Ese ámbito sagrado e imperturbable de libertad no puede tolerar, no tolera, interferencias (injerencias) cualquiera sea el fin que las mueve, salvo consentimiento del afectado por la intromisión. Eso nos dice Mill.

Lo que nos dice Kant es que todo hombre debe ordenar su vida a partir de la razón y orientada por “la voluntad buena”, no por sus deseos, necesidades ni por cualquier otro fin contingente. Que el director de la razón en la búsqueda de esa voluntad buena, que nos hará dignos y también felices, *es el deber*. Y que ese deber no es el que los otros hombres nos imponen, sino el que surge de nuestra propia ley moral convertida en ley universal. Y somete la comprobación concreta de una conducta como conforme o no a la voluntad buena (la que nos hará dignos y felices) y a la razón guiada por el deber, a un doble examen de conformidad. A dos test: el de su concordancia con la ley universal y el de su conformidad con la ley de humanidad. Así, el de la ley universal: “no podemos actuar cuando aquello que hacemos no lo querríamos ver reflejado como una ley natural universal (es decir, válida para todos). Y a la de la ley de humanidad: podemos usar cosas, servirnos y valernos de ellas. Pero no podemos sólo usar a las personas, ellas son también y sobre todo un fin en sí mismas, tienen dignidad. No uses a otros como medios para cualquier fin. Considéralos como lo que son: fines en sí mismos. Autonomía personal y dignidad de la persona humana. Son ellos nuestros dos principios centrales.

### **1.3. Libres *para...* Responsables *por*.**

La autonomía es entonces el principio nuclear en un sistema de libertades. La persona, en cuanto ser que actúa, no tiene simplemente su vida, sino que *la conduce* a la luz de sus propias representaciones de una existencia buena y exitosa... determinar a alguien significa

dictarle los contenidos de su actuar y, de este modo, ejercer dominio sobre él. Los individuos son autónomos en la medida en que se gobiernan a sí mismos.<sup>488</sup>

El primer deber del Estado es asegurar la paz.<sup>489</sup> Y la principal tarea del Derecho, y en especial la del Derecho penal, consiste en asegurar la aspiración de que todos podamos conducir nuestra vida según nuestra propia visión de las cosas. Ni el Estado, ni el Derecho, pueden, por cierto, garantizarnos una vida plena. Pero sí hacer posible que en libertad, y bajo el presupuesto de nuestra propia responsabilidad, configuremos nuestra propia existencia libre de temores paralizantes y de una hétéro-determinación abrumadora.<sup>490</sup> Sólo libres de la presión de calcular permanentemente los riesgos existenciales, podemos dedicarnos a “tareas más elevadas”<sup>491</sup>, a pensar, a amar, a crear e inventar, a descubrir, a trabajar y también a disfrutar.

De este principio liminar se deriva, como su contracara y límite, la responsabilidad.

Dice Murphy: si mi vecino cierra con llave mi despensa de licores en casa sin mi consentimiento por mi tendencia a beber demasiado, bien puede considerarse su conducta y decisión una fuerte interferencia con mi libertad, sin importar lo bueno que pueda resultar el fin que se busca. No tiene derecho a hacerlo. Y, por cierto, que ha violado mis derechos al actuar de ese modo. Pero si yo le pidiera que lo hiciera, o hubiera dado mi acuerdo a su sugerencia a hacerlo, la objeción de mi parte cae; se vería fuera de lugar. Le he dado el derecho a hacerlo y, por lo tanto, tiene el derecho a actuar así. Con ello no viola mi derecho, aún cuando, en ese momento, yo lamente la acción que ejecuta. Aquí tenemos un caso en el que la autonomía permanece intacta aún cuando mi deseo se vea frustrado. Aquí la violación de la expectativa sólo me es imputable a mí (a mi libertad de decisión) y no a una arbitraria injerencia ajena.

No sólo somos libres de lo que hacemos, somos responsables por aquello que hacemos. Y seremos tanto mas responsables cuanto mayor sea nuestra infracción al mandato del *alterum non laedere*. Es decir la infracción al deber negativo de respeto por la autonomía individual ajena (*neminem laedere*). Los tres derivados del principio de autonomía, o subprincipios, vinculados a la idea de responsabilidad, son los presentados por Baldó y a los que me remito: a) el principio de autodefinition de intereses propios; b) el principio de

---

<sup>488</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 34.

<sup>489</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 40.

<sup>490</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 36.

<sup>491</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal...*, 40.

responsabilidad por el propio comportamiento organizador (originador de riesgos para terceros) y; c) el principio de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas.<sup>492</sup> Un ordenamiento liberal es un ordenamiento de justicia porque es dar a cada uno lo que merece, en su justa medida y de acuerdo con las circunstancias. Y aquello que “merece” (lo merecido) lo será de acuerdo al uso que el individuo haga de su propia libertad. Es decir en consideración a sus propias decisiones libres que generan, o hacen nacer, su propia responsabilidad. Sólo así se trata al individuo como persona, en su individualidad, *con respeto* a su autonomía y no en consideración a los demás.<sup>493</sup>

## 2. El principio fundamental de la dignidad de la persona humana.

*Altruism and morality are possible in virtue of something basic to human nature (Nagel).<sup>494</sup>*

Cuando analizamos la propuesta de Wilenmann, verificamos hasta dónde puede conducirnos la desconsideración de la dignidad de nuestros semejantes y concluimos que uno es libre porque es digno y es digno porque es libre. Ello podría hacernos pensar no sólo que ambos principios son igualmente valiosos (lo que resulta, por cierto, muy acertado), sino que cada uno discurre en forma paralela, tiene su propia lógica y construye sus propias estructuras. Ello, en la visión que aquí se defiende, no es cierto. Verdad es que una persona puede ser libre con absoluta desconsideración hacia el otro. Pero ello no es algo a lo que debemos aspirar si lo que buscamos es no es sólo ser felices sino *también dignos de ser felices*.

Tanto es así que algunos autores tratan a la autonomía individual y a la idea del hombre como fin en sí mismo como integrantes del mismo concepto de dignidad.<sup>495</sup> La

---

<sup>492</sup> Además de lo que ya he dicho en *supra* Primera Parte, Capítulo I, punto 3.2.3., ver Baldó, *Estado de necesidad...*, 47-62.

<sup>493</sup> La idea de “respeto”, hasta donde alcanzo, no se utiliza en Derecho penal en el sentido que propongo. Por ejemplo, Pawlik lo hace en el contexto exclusivo de los deberes negativos. Así: “la función principal del Derecho, en especial del Derecho penal, consiste en posibilitar a los ciudadanos que puedan conducir su vida en consonancia con su propio parecer. Para ello, en primer lugar, los ciudadanos deben poder confiar en que la integridad de su esfera jurídica sea *respetada* por el resto de las personas... *dejar al otro como está*, esto es, no empeorar el nivel de integridad de la esfera jurídica que encuentra dada el obligado. Las responsabilidades de esta clase, las denomino *competencias de respeto*” (PAWLIK, “Las competencias del ciudadano”, en *Ciudadanía y Derecho penal*, 85 y 86). Destacados míos.

<sup>494</sup> NAGEL, Thomas, *The possibility of Altruism*, Princeton University Press, 1970, 146.

<sup>495</sup> Así, por ejemplo, YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, IBdf, Buenos Aires, 2017, 267: “el hombre tiene el derecho a estar a solas, a tomar distancia, a reflexionar sobre sí, a un ámbito de privacidad y a

cuestión aparece todavía más definida en Kant. Para este autor, como veremos enseguida, la dignidad nace de la libertad (y a la vez, de su derivado, el principio de autonomía). En esto, puedo compartir perfectamente la propuesta de Yacobucci, y no seguiré al alemán. Es que si así fuera, y en contra de mis convicciones más íntimas: quien no tiene ninguna libertad moral, el enajenado más enajenado, el incapaz con profundos defectos cognitivos, una persona por nacer o recién nacida carecerían de dignidad, lo que resulta inaceptable.

Prefiero entonces (como también puede interpretarse o leerse en Kant) defender que la idea o, mejor, el principio de dignidad es una condición (o una pre-condición) de la autonomía, o en todo caso, un principio que la enriquece y que, a la vez, la limita.

¿Pero qué es la dignidad? “Cuando hablamos de dignidad humana nos referimos al lugar privilegiado que tiene el hombre en relación con otros seres, es decir su rango superior y diferente respecto de éstos... es la propiedad merced a la cual un ser es excluido de cualquier cálculo por ser medida de cálculo”.<sup>496</sup> La Corte Suprema ha subrayado el valor preminente de la dignidad en el sistema de Derecho argentino: “la dignidad de la persona humana es un valor supremo de nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por este marco general”.<sup>497</sup>

Pero veamos qué es lo que dice Kant de la dignidad.

La dignidad en términos kantianos, la idea de que una persona no debe ser utilizada como medio sino siempre considerada un fin en sí misma, nace de la libertad que es causa, a la vez, de la autonomía, es decir de la posibilidad de construir la ley que nos imponemos a nosotros mismos. La libertad, en Kant es una precondición de la dignidad<sup>498</sup>, aquello que constituye la condición bajo la cual algo puede ser un fin en sí mismo, *algo que no tiene un valor relativo (un precio), pero sí un valor en sí mismo, eso es la dignidad...*<sup>499</sup>

---

trazar por sí mismo los desarrollos de aspectos esenciales de su vida... Además, los hombres no son reducibles a cosas o animales...”.

<sup>496</sup> YACOBUCCI, *El sentido...* 268-269.

<sup>497</sup> CSJN, “Baldivieso, César Alejandro”, sentencia del 20 de abril de 2010.

<sup>498</sup> VON DER PFORTEN, Dietmar, “On the dignity of Man in Kant”, *Philosophy*, Vol. 84, No. 329 (July, 2009), 384.

<sup>499</sup> *En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente, eso tiene dignidad.* (KANT, *Fundamentación...*, 93). Véase también Pufendorf: “The natural status of man, since it has no special designation, we shall for the time being call humanity, or human life. *It is that condition in which every man whatsoever, by virtue of the very fact that he is a man, is constituted.* It also involves the obligation of observing the law of nature both towards himself and towards other men, and of living

La libertad, que lleva a la autonomía (la posibilidad de legislarse a sí mismo), es así el fundamento de la dignidad de la persona humana.<sup>500</sup> Libertad como precondition o condición inicial, luego la autonomía de la persona humana que de la libertad deriva; de allí su reconocimiento como miembro del Reino de los Fines (*member of the Kingdom of Ends*) y por ende, de un ser dotado de dignidad. Y, finalmente, el reconocimiento de (toda) la humanidad como fin en sí mismo. Así se explica la idea de dignidad en Kant<sup>501</sup>. Lo grafico para hacerlo más claro:

Libertad de voluntad → – autonomía – → Miembro del Reino de los fines (y, en este sentido, dotado de dignidad) → la Humanidad (o el Hombre) como fin en sí mismo.<sup>502</sup>

Pero entonces a la pregunta: ¿por qué es que debo respetar al otro? La respuesta es: “porque es un ser dotado de dignidad, como lo soy yo mismo”. No puedo lastimarlo, no puedo dañarlo ni afectarlo en lo posible. Le debo el mismo respeto que él me debe en nuestra igual condición de personas y miembros del Reino de los fines. Para ello, según creo, no es necesario derivar la dignidad de la libertad ni de la autonomía.

En mi propuesta, los deberes positivos, la solidaridad mínima exigida como deber de sacrificio, tanto activo (deber de socorro) como pasivo (deber de tolerar la injerencia en estado de necesidad agresivo) *encuentran explicación en el respeto y en el reconocimiento que mutuamente nos debemos en tanto personas, es decir de seres dotados de dignidad.*<sup>503</sup> Como afirmaba Baldó, la responsabilidad por organización (que nace en la autonomía) tiene un aspecto positivo: *el de respeto por toda autonomía ajena*. Y un aspecto negativo, la responsabilidad por la falta de respeto a esa autonomía (*alterum non laedere*).<sup>504</sup> Así, el

---

with them on terms of social intercourse; as, further, the right of enjoying from any and every man the offices due by the law of nature, and of exercising other privileges which universally attend human life; as also the capacity of acquiring special rights for himself among men. To this is opposed the status or life of brutes which are united by no mutual bond of right, so that they inflict upon one another whatever they can or will, even by violence, yet do no wrong thereby”. El autor presenta una tripartición de la naturaleza humana en tanto ella se refiera a Dios, a cada uno por sí mismo (o en consideración a sí mismo) y a la relación de los individuos con los demás. (PUFENDORF, *Two Books...*, I, Def. III, n. 2). Destacado mío.

<sup>500</sup> “La autonomía es, de este modo, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (KANT, *Fundamentación...*, 94-95).

<sup>501</sup> VON DER PFORTEN, 384.

<sup>502</sup> VON DER PFORTEN, 385: “Freedom of the will ⇒ Self legislation (Autonomy) ⇒ Member of the Kingdom of ends (in this respect having dignity) ⇒ The “End-in himself-ness” of Man.

<sup>503</sup> “La habilidad, el esfuerzo en el trabajo tienen un precio en el mercado; la imaginación vivaz, el humor, tienen un precio de afecto. *La benevolencia por principio (no por instinto), en cambio, tiene un valor intrínseco*”. (KANT, *Fundamentación...*, 93). Destacado propio.

<sup>504</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 47-48.



reconocimiento y el respeto al otro como persona, nace de nuestros propios deberes de no injerencia (en su manifestación positiva) y también del reconocimiento del otro como fin en sí mismo, de su dignidad.

Cuando nos habla de la solidaridad, Von Hirsch afirma que hay tres posturas acerca de ella. La solidaridad contractualista, la solidaridad comunitarista y la solidaridad altruista.<sup>505</sup> La primera, tiene su fundamento en el interés recíproco basado en el interés personal racionalmente motivado. Si ayudo te ayudo a ti, es razonable pensar –y puedo contar con– que luego que me ayudarás a mí. Pero, pregunta Von Hirsch, si la razón prudencial es el interés personal... ¿por qué castigar la infracción a ese deber? Básicamente porque se es injusto (*unfair*), no porque se es insolidario... La segunda, sostiene que no se trata del interés individual sino del comunitario o social. Ayudo al otro en tanto participante y miembro de la comunidad a la que ambos pertenecemos. Dos son los problemas que presenta esta propuesta: a) su indeterminación (¿de qué comunidad hablamos?) y; b) que si no te ayudo cometo un mal (a *wrong*): ¿pero ese mal es contra la comunidad o contra ti? El buen samaritano, por ejemplo, no podría haber infraccionado el deber, porque era un *outsider*... El levita y el sacerdote sí, ¿pero como malos ciudadanos o como insolidarios con el judío? La tercera, que es la que Von Hirsch prefiere: la solidaridad como altruismo. Ayudo al otro no en consideración a mi propio interés o al mutuo, ni en beneficio de la comunidad. Lo ayudo en el interés de la persona a asistir.<sup>506</sup>

Quiero detenerme un poco en esto. Von Hirsch acude a la tesis doctoral de Thomas Nagel para fundamentar su posición. Y ambos llaman *altruismo* a algo parecido a la solidaridad y no a algo bastante más comprometido que ella.<sup>507</sup> Pero más allá de ese detalle (que no es menor), la coincidencia con la postura que aquí asumo es total. Dice Nagel:

---

<sup>505</sup> Ver VON HIRSCH, “Criminalizing failure to rescue...”, 244-248.

<sup>506</sup> VON HIRSCH, 247.

<sup>507</sup> “By altruism I mean not an abject self sacrifice, but merely a willingness to act in consideration of other persons, without the need of ulterior motives” (NAGEL, *The possibility...*, 79). Pero de lo que Nagel habla, en mi opinión, no es de *altruismo* sino de reconocimiento del otro en tanto persona. El *altruismo*, y también la idea de *fraternidad*, tan vinculada al pensamiento cristiano, es bastante más que eso. Altruista fue el buen samaritano (Lucas 10: 25-37). Es aquel que da “hasta que duele”, como enseña la Biblia (libro del Éxodo 35:1-35; 36:1-7 “No os canséis de dar, pero no deis las sobras, dad hasta sentirlo, hasta que te duela...”), y reclamaba la Santa Teresa de Calcuta; es decir, según creo, bastante más de lo que la ley exige o puede exigir. La enseñanza de Jesús en la maravillosa parábola es que debemos considerar a aquel en peligro -aunque sea nuestro enemigo-, como nuestro prójimo o, bastante más, como nuestro hermano. Y dar todo lo que podamos de nosotros en su ayuda. Recordémosla brevemente. Dos judíos, primero un sacerdote y luego un levita, pasan de largo frente a su par que yace atacado, golpeado y malherido en el camino que bajaba de la montaña hacia Jericó, que entonces se conocía como “el camino de la sangre”. En ese tiempo, samaritanos y judíos eran enemigos irreconciliables. Pero resulta que el único que se detiene y se compadece de él es un samaritano. Suspende su viaje, lo atiende, lo

*“Altruism itself depends on the recognition of the reality of other person, and on the equivalent capacity to regard oneself as merely one individual among many”.*<sup>508</sup> *“... It is the direct influence of our persons interest on the action of another, simply because in itself the interest of the former provides with the reason to act. Recognition of the other persons’ reality, and the possibility of putting yourself in place, is essential.”*<sup>509</sup>

Bueno, pues eso no es solidaridad ni altruismo, según creo yo. **Es dignidad.** Y en la más pura versión Kantiana. Reconocimiento del otro, respeto por el otro en tanto es un ser dotado de la misma dignidad que yo reconozco en mí. En efecto, sigue Nagel:

*This is an objective reason, the concept underlying altruism is that oneself is merely one person among others, and of others as persons in just a full sense... depends on a full recognition of the reality of other persons.*<sup>510</sup>

---

cura, lo carga en su caballo, lo lleva a una posada donde sigue ocupándose de su asistencia y deja, al irse, dos denarios de plata para los gastos que su atención demande, prometiendo más si ello hiciera falta. El samaritano no se comporta como alguien de quien se espera un aporte mínimo y circunstancial. Lo hace como un verdadero hermano, como alguien mucho más comprometido con el otro, que da más de lo que de él se espera (en el caso, muchísimo más), y que, por tanto, está dispuesto a un sacrificio propio que encuentro muy ponderable pero que va más allá de lo que los penalistas podemos considerar como un deber de solidaridad general o mínima. No es otra, según creo, la idea de la Iglesia sobre la solidaridad. La vincula directamente con la de *fraternidad* señalándonos nuestra condición común de "hijos de Dios" (hijos del mismo padre y, con ello, recíprocamente hermanos) que nos vincula a todos los seres humanos que formamos parte de un mismo cuerpo social y espiritual, cuya vida y destino resultan, así, compartidos. En la Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis* del Papa Juan Pablo II, la solidaridad eleva su *status* y adquiere nada menos que el rango de uno de los principios fundamentales de la Doctrina Social Cristiana. Este "principio de solidaridad" nos invita a incrementar nuestra sensibilidad hacia los demás, especialmente hacia aquellos que sufren. La solidaridad no es simplemente un sentimiento, sino una «**virtud**» real, que permite asumir tanto individualmente como en grupo, las responsabilidades que los unos tenemos con los otros en nuestra condición de cristianos y de hermanos en la fe. La solidaridad, dice el Santo, no es «*un sentimiento superficial por los males de tantas personas, cercanas o lejanas. Al contrario, es la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos*». Como cristiano me siento profundamente identificado con estas ideas. Pero procede examinar si el contenido de la solidaridad que predicamos los creyentes como fraternidad (y que se confunde con altruismo), pueden ser trasladado al objeto de nuestro trabajo. Es decir si la solidaridad en el Derecho Penal es más que un vínculo que permite reconocernos y reconocer al otro como un igual, como una persona necesitada eventual o circunstancialmente de ayuda contribuyendo con ello al bien común y a una sociedad más justa e igualitaria o si supone un sacrificio, una entrega mayor y si la negación o infracción a ese deber, puede ser sancionada penalmente.

Los sajones, por ejemplo, son bastante reacios a un tal reconocimiento. En Inglaterra, las “*good Samaritan acts*” no son para nada aceptadas. En los EE.UU a pesar de que la regla está recogida en el Model Penal Code, son pocos los Estados de la Unión que la han incorporado en su sistema legal interno. Yo creo que no es porque sean insensibles o refractarios a la idea de la solidaridad social. Más bien, insisto, creo que es porque la parábola del buen samaritano no habla de solidaridad sino de otra cosa: de fraternidad (es decir de un compromiso mucho mayor, en tanto referido a un hermano...) y de altruismo (“del *altrui* como yo”, es decir de tratar al otro como uno mismo). Ello no es, en mi opinión, lo que la ley exige, ni algo que la ley esté llamada a exigir ni pueda exigir. La exigencia de la ley en nuestro 108 CPA, es la de prestar un auxilio “sin riesgo personal” (se interpreta que ni propio ni de terceros) y, si él existiera, subsidiariamente, la de dar aviso a la autoridad. Y, del mismo modo, con el auxilio necesario de terceros tanto en la estructura de legítima defensa cuanto en la de estado de necesidad justificante defensivo (en mi opinión, el único admisible). La concurrencia del deber está sujeta a que la intervención sea posible, necesaria y no represente un riesgo propio o ajeno.

<sup>508</sup> NAGEL, *The possibility...*, 3.

<sup>509</sup> NAGEL, *The possibility...*, 80.

<sup>510</sup> NAGEL, *The possibility...*, 88.

Y en efecto en esta concepción liberal, hay una apelación, por lo demás muy bonita, a Kant<sup>511</sup> y, más allá de lo estético, una estrecha comunidad de pensamiento con ese autor:

*The thesis to be defended concerning altruism is that one has a **direct** reason to promote the interest of others, a reason that does not depend on intermediate factors, such as one's own interests, or one's antecedent sentiments of sympathy and benevolence. That is both a claim of ethics and a claim about what happens when somebody is altruistically motivated... My aim is to discover for prudence and altruism, and other motivations related to them, a basis which depends not on desires, but rather on formal aspects of practical reason... ”<sup>512</sup>.*

La razón de Nagel y de Von Hirsch, entonces, para demandar solidaridad (altruismo) es que me considero *persona entre otras en sentido pleno* (o en todo el sentido de esa palabra, *in just a full a sense*). Asumiendo que considero mis intereses vitales importantes y merecedores de protección y de preservación y persona entre los otros, con similares derechos y expectativas, entonces *tengo una razón objetiva* para ayudar a proteger los intereses vitales de los otros cuando están amenazados.<sup>513</sup> Yo creo que esa razón objetiva es bastante más *objetiva* y mucho más convincente si hablamos de dignidad en lugar de solidaridad o de altruismo.

¿Pero cuales son los límites a esa entrega? No es mucho lo que se demanda. No puede serlo. Es aquello que, en nuestra condición de personas y en el reconocimiento de la misma condición en el otro, recíprocamente nos debemos.<sup>514</sup> Garzón Valdés habla de *sacrificios triviales*.<sup>515</sup> ¿Cómo negar la ayuda a una persona que se ahoga a un metro mío si lo único que debo hacer es mover un poco la mano? Evidentemente, nadie puede encontrar en ello un sacrificio relevante ni en términos de autonomía individual ni de dignidad personal. Al contrario, ambos principios se debilitarían si negáramos en estos casos la ayuda que se demanda, que debemos y que nos debemos como “buenas personas”, en virtud de nuestro propio deber moral en tanto seres dotados de dignidad. Ya aludí a Kant que sostiene que nadie puede querer esto como ley natural universal pues perdería él mismo toda esperanza de ayuda

---

<sup>511</sup> A view of the Kantian type entails that we are not fully free to be amoral, or unsusceptible to moral claims. That is what makes us men. (NAGEL, *The possibility...*, 14)

<sup>512</sup> NAGEL, *The possibility...*, 15-16.

<sup>513</sup> VON HIRSCH, 247.

<sup>514</sup> “There should be comparable limits to altruism that relate to the putative actor's self-determination. Given a conception of the person's ends that include a substantial degree of self-determination, an obligation of altruism should not compromise the person's own ability to lead an autonomous existence—i.e., to pursue his own chosen life interests and projects. A reasonable expenditure of time and effort may be required, but not undertakings that would require the person to reorder his life priorities. No one should be required to drop his own principal pursuits in order to move to Darfur and help those in need” (VON HIRSCH, 249)

<sup>515</sup> GARZÓN VALDÉS, *Los deberes...*, 17 y 33.

futura. Garzón Valdés cita a Leibniz en un párrafo que me parece muy ilustrativo y absolutamente en línea con el ejemplo 4 de Kant:

“Alguien puede decir: yo me contento con que los otros no me dañen, no les pido su ayuda y tampoco quiero hacer ni pedir más. Pero ¿es posible sostener este lenguaje sinceramente? Que él mismo se pregunte qué diría y esperaría si él mismo se encontrara a punto de caer en un mal y alguien pudiera salvarlo con sólo mover su mano. ¿No consideraría que es un malvado y hasta su enemigo si no quisiera salvarlo en esa ocasión?”<sup>516</sup>

La idea de la libertad negativa, es la central en el pensamiento liberal, según ya lo he expuesto. Pero también dijimos que el mandato del *alterum non laedere* tiene un aspecto negativo (prohibición de interferencia, libertad negativa, *freedom from*) y un aspecto positivo. Postulo que en es en este aspecto positivo del *alterum non laedere* en el que está integrada, o reconocida, la idea de la dignidad. Baldó lo sugiere, pero como de inmediato elige a la *solidaridad* (derivada del mandato que surge de su Constitución) como el segundo principio nuclear y limitador de la autonomía, la cosa queda poco explorada y dotada de otro sentido. De todos modos, nos da suficientes elementos como para seguir su camino.<sup>517</sup>

Explica Baldó que todo comportamiento organizador de un sujeto que origine activamente peligros para intereses ajenos (responsabilidad por injerencia activa), o que no asegure aquellas fuentes de peligro que, perteneciendo a su propia esfera, amenazan intereses de terceros (responsabilidad por injerencia omisiva), quedan sometidos al principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador que origina peligros a terceros porque cuestionan, en mayor o menor medida, la idea regulativa de la separación entre esferas organizativas autónomas.<sup>518</sup> Pero existen situaciones en las que la responsabilidad no deriva del propio comportamiento organizador que origina riesgos a terceros (vía acción o omisión de aseguramiento activo de la fuente de peligro). “Deriva, más bien, de que en determinadas situaciones de necesidad originadas por riesgos *ajenos* a dicho sujeto (naturaleza o por otros sujetos), el sistema normativo le impone una función de amparo activo por razones de solidaridad intersubjetiva entre esferas organizativas autónomas (*o por otras buenas razones*)”.<sup>519</sup> Creo que la dignidad de la persona humana es otra muy buena razón, y mucho más poderosa que la gelatinosa idea de la solidaridad. El sistema normativo impone una

---

<sup>516</sup> LEIBNITZ, G.W. “Méditation sur la notion commune de la Justice”, citado por GARZÓN VALDÉS, *Los deberes...*, 30.

<sup>517</sup> Ver BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 53-61.

<sup>518</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 53-54.

<sup>519</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 58. Subrayado mío.

función de amparo activo de forma subsidiaria, excepcional y mínima, porque ello constituye un deber que tenemos en tanto personas. Un deber de respeto y de reconocimiento de la dignidad del otro en tanto es también persona y que, en casos excepcionales, requiere, necesita, de nuestra ayuda. ¿Solidaridad interpersonal? No. Reconocimiento y respeto por la dignidad del otro. Ese es el fundamento de los deberes positivos generales en mi propuesta.

La filosofía moral discute sobre el contenido, el alcance y los fundamentos de estos deberes positivos generales hace bastante más tiempo que nosotros, los penalistas.<sup>520</sup> Garzón Valdés, reconoce su existencia y con el mismo fundamento que tienen los deberes negativos generales (*alterum non laedere*): la protección de bienes que se consideran valiosos.<sup>521</sup> Ello nos coloca dentro de la fundamentación más extendida de esos deberes entre los penalistas hasta hace poco, y quizá todavía hoy: la *salvación del interés preponderante*, que hemos criticado y rechazado. Esa propuesta tampoco nos dice qué deberes positivos tenemos, ni cuáles son sus límites. El fundamento de los deberes negativos no parece darnos base suficiente e independiente para los deberes positivos.<sup>522</sup> Bayón, critica la idea de Garzón Valdés en el sentido de que el sacrificio debido, cuando de deberes positivos generales se habla, tenga que ser sólo “trivial”. Propone un principio moral más demandante, más exigente como punto de partida: “el del altruismo más que mínimo”.<sup>523</sup> Un poco más, un poco menos... Más allá de que la cuestión de los límites no está clara tampoco<sup>524</sup>, todos son muy conscientes del problema principal: “todo el peso del debate parece recaer en una cuestión: dónde ha de situar una moralidad crítica el límite entre lo obligatorio y lo supererogatorio y,

---

<sup>520</sup> Para la discusión ya entonces presente y muy activa en la filosofía moral, véanse en *Doxa* 1986/3 los trabajos de Ernesto Garzón Valdés, los comentarios a él de Juan Carlos Bayón y de Francisco Laporta, la réplica del primero y un trabajo de James Frishkin (autor del famoso “dilema”) que corona el extraordinario número. Nos referiremos a ellos.

<sup>521</sup> GARZÓN VALDÉS, “Los deberes positivos...”, 32.

<sup>522</sup> Ver para ello BAYÓN, Juan Carlos, “Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)”, *Doxa* 1986/3, 35 a 54. Aquí, 39.

<sup>523</sup> BAYÓN, 44.

<sup>524</sup> En efecto dice Bayón: “lo que falla en la idea de la *trivialidad* es que mediante el empleo de una noción vaga se ha pretendido suplir la carencia de un principio moral que justifique el límite” (BAYÓN, 46). Pero la noción del “altruismo más que mínimo” que este autor propone merece, a mi modo de ver, la misma crítica. En efecto, así le contestó, con singular elegancia, Garzón Valdés: “por lo que respecta al contenido de los deberes positivos generales, admito que el concepto sacrificio *trivial* es vago y puede dar lugar a perplejidades en el caso concreto. Pero no me parece que esta vaguedad quede superada si se sustituye trivial por *gravoso* o si se añade el comparativo *más que trivial o mínimo*. Cuando se trata de la delimitación exacta del contenido de una obligación conviene quizá recordar las palabras de C.D. Broad: *no es una objeción decir que es totalmente imposible determinar exactamente dónde está este límite en cada caso particular. Es verdad que esto sucede, pero es una dificultad demasiado común en la ética como para que tenga que preocuparnos, y sabemos que nos sentimos satisfechos cuando en las cuestiones éticas podemos fijar límites superiores o inferiores que no resultan demasiado ridículos* (BROAD, C.D., “On the Function of False Hypothesis in Ethics”, en *International Journal of Ethics*, 26 n. 3, 1916, 377-397, aquí 389-390).”

en consecuencia, cual es el nivel de sacrificio que debemos alcanzar en el cumplimiento de nuestros deberes positivos generales...”. Sólo el recurso a principios puede sacarnos del dilema. Tanto Garzón Valdés como Bayón apelan, muy bien, al principio de autonomía.

Ya decía también Carlos Nino: “... el valor subyacente a la actual configuración de expectativas de servicios positivos en sociedades liberales es la preservación de la autonomía para desarrollar la forma de vida que cada uno elija. La concepción que estipula el deber moral de evitar cualquier mal que podamos evitar compele a adoptar, como único plan de vida, el del buen samaritano”.<sup>525</sup>

Pero no nos alcanza sin el principio de la dignidad. En efecto, Bayón enseguida descubre que “necesitamos una argumentación más rica si no queremos caer en un problema de circularidad... no basta con decir que en aras de la preservación de la autonomía personal todo lo que nos es exigible de nuestros deberes positivos es un sacrificio trivial porque eso, más que una determinación a la luz del principio de autonomía, sería darle un contenido partiendo de un límite fijado cuya justificación seguimos sin conocer”.<sup>526</sup>

Ese es el gran desafío si no queremos responder al magnífico problema recurriendo directamente a los extremos: a la Nozick: “la nada misma” ... ya pagamos impuestos; o a la Singer con una clara invitación al “vamos por todo”.<sup>527</sup> Bayón, con su propuesta de “*el altruismo más que mínimo*” se coloca muy cerca de esta última opción extrema, como él mismo reconoce.<sup>528</sup> Cuando examinemos el tema del estado de necesidad y la penuria económica (o, directamente, el hambre), me referiré, críticamente, a esta “opción”. A ello remito.<sup>529</sup>

Sigue Bayón “el problema del *sacrificio trivial* es que no se acierta a ver cual es el principio moral que da razón a ese límite, que justifique por qué la divisoria ha de trazarse allí

---

<sup>525</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, 208.

<sup>526</sup> BAYÓN, 48.

<sup>527</sup> El argumento de Peter Singer de la ayuda contra el hambre sitúa a la utilidad, o a la falta de utilidad, en relación a los Bengalíes desplazados (ver *supra* nota 141), en la misma posición que a la utilidad o a falta de utilidad en relación con los opulentos occidentales. Si el coste para los últimos no es significativo, mientras que el beneficio para los primeros es muy grande, entonces estamos obligados a continuar dando, quizá hasta aproximar los niveles de los bengalíes a los nuestros (SINGER, Peter, “Famine, Affluence and Morality”, *Philosophy and Public Affairs* 1, no.3 (1972), 229-243.

<sup>528</sup> Dice: “...esta posición, si no me equivoco, es bastante próxima a la de Singer...(BAYÓN, 52), y, quizá como sostiene Henry Shue, pocos estarían dispuestos a aceptarla “aparte de unos cuantos santos y de Peter Singer” y “... sería imposible de vender a personas decentes pero autointeresadas”. Pero Bayón cree que no son tan pocos. Incluye como evidentes defensores de esta postura “a los millones de personas, sin duda morales, decentes y autointeresadas a los que sería facilísimo *venderles* la adopción de una máxima semejante: (son) todos los que están en peligro de muerte por inanición...” (BAYÓN, 53).

<sup>529</sup> Véase *infra*, Parte Sexta, Capítulo XVI, punto 2.1.2.3.

y no en cualquier otro punto. Mientras no seamos capaces de encontrar una respuesta, el límite del sacrificio trivial tendrá toda la apariencia de una solución *ad hoc*".<sup>530</sup> Yo no me considero siquiera mínimamente capaz de terciar en esta discusión filosófica clásica y tan enormemente compleja en mi condición de, apenas un penalista entusiasta y, digamos, curioso respecto de las cuestiones morales. Pero, con toda humildad, presento a la consideración del conjunto, la posibilidad de ver en el principio de la dignidad humana una alternativa a este dilema que, con prudente entusiasmo, encuentro plausible y atractiva.

### **3. Principios liberales fundamentales y configuración del deber de tolerancia como subsidiario, excepcional y mínimo.**

Cuando de situaciones de necesidad agresivas hablamos, estos deberes positivos son subsidiarios, excepcionales y mínimos. Se trata de un *deber subsidiario* porque recién aparece cuando el primero de los principios derivados de la autonomía, el de responsabilidad (en sus tres manifestaciones), no ha operado. Es decir si el necesitado ha elegido libremente asumir o soportar el mal que lo amenaza (principio de autodefinición de intereses propios); si el mal no reconoce un responsable detrás que será el preferido y el preferente a la hora de soportar el mal que de él mismo deriva (principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador que deriva en un peligro a terceros); y el principio del *casus* (principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros). Es decir, asumes el mal porque quieres, o lo devuelves a la fuente responsable por él (porque así corresponde) o te lo aguantas (porque a ti te tocó). *Se trata de un deber excepcional*, porque sólo se habilitará la injerencia en la esfera de un tercero (de un inocente) si es que no aceptas asumir el peligro (no lo quieres); no existe un responsable detrás, no es reconocible o no está; o porque la defensa contra la fuente de peligro aparece inútil, imposible o insuficiente y algún aspecto relevante de tu autonomía personal y/o de tu dignidad de persona están amenazadas. *Y se trata de un deber mínimo*, porque, antes de emprender tu acción agresiva contra la esfera de libertad del inocente, debes reunir varias condiciones necesarias y suficientes que te permitan transformar el deber negativo fuerte (de no injerencia) que pesa sobre ti, en una facultad o en un derecho como facultad (muy débil) de salvaguarda a costa del inocente. Enseguida veremos cuales son esas condiciones, pero sí corresponde adelantar aquí que la injerencia no podrá afectar la

---

<sup>530</sup> BAYÓN, 45.

autonomía en términos mínimamente relevante ni, en los mismos términos de relevancia, la dignidad en tanto persona del inocente.

Estoy entonces por un aporte mínimo cuando de deberes positivos hablamos, con fundamento en el principio de la dignidad de la persona humana. Cualquier *plus* a ello, sólo puede ser ofrecido de manera voluntaria y no arrancado bajo coacción u otra fuerza o bajo conminación de agravio penal. Creo, con Garzón Valdés y Francisco Laporta, que tenemos el deber moral de ayudar a aquellos que en curso de nuestras relaciones cotidianas encontramos necesitados, pero también que el fundamento de ese deber “natural” es muy frágil. Entiendo que los principios de la autonomía y de la dignidad ayudan a resolver el problema. No nos imponen un sacrificio mayor que aquel mínimo para que el otro supere la emergencia, como reconocimiento y por respeto a su propia dignidad y siempre que ello no suponga una merma relevante en mi propia autonomía ni en mi propia dignidad. Para demandas mayores y a gran escala (i.e. resolver la miseria y el hambre global y, en estos tiempos, por ejemplo, el tremendo problema de la soledad), no estamos los particulares, sino las instituciones y los Estados.<sup>531</sup>

#### **4. Examen de algunos de los casos presentados a la luz de los principios nucleares de la autonomía y de la dignidad.**

*Caso 1.2 “La viejita: El perro feo, malo y agresivo tiene muchas piernas para elegir en la plaza. Pero es claro que ha elegido morder la mía... ¡Y allí viene! Arrebato el bastón a la viejita que va lento por la plaza, completamente ajena a la situación (aprovecho que justo se ha detenido para separar, escrupulosamente, los caramelos que lleva seguramente para sus nietos), y le causó un pequeño moretón en su mano”.*

El sujeto en peligro ha elegido la vía de salvación más fácil: el ataque a la viejita distraída para procurarse su bastón. Mill no aprobaría esta conducta porque constituye una clara violación al deber negativo (de no intervención en la esfera ajena), por lo demás mediante el empleo de una vía coactiva y violenta. Probablemente una simple pregunta, un amable pedido, aunque a las apuradas, elimine todo obstáculo. Kant también la rechazaría conforme el doble test. No puedes pretender que lastimar a otros por aquello que tú enfrentas,

<sup>531</sup> Por todos, LAPORTA, Francisco, “Algunos problemas de los deberes positivos generales (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés), *Doxa*, 1986/3, 55 a 63. Aquí, 63.



se transforme en ley universal de conducta. Y no puedes usar a otros sólo como medios porque son fines en sí mismos.

***Caso 2. “Fuego”:***

*B* sufre un desperfecto en la cocina a gas de su casa y se inicia un incendio que amenaza consumirla. *B*, carece (por su propia culpa. i.e. “no lo consideraba necesario) de extinguidor. Corre hacia la propiedad de su vecino *C*, a quien sabe ausente, pero que sí tiene un extinguidor. Rompe la puerta, toma el aparato y apaga su incendio.

La acción de *B* no puede ser validada por una ley universal de conducta. Lo que uno puede querer como ley universal es que cada uno haga sus previsiones y tenga lo que debe tener para hacer frente a las emergencias. Mucho más cuando son previsibles, como en el caso (lo era para el vecino, podía serlo para *B*).

***Caso 3. El médico sale de caza: “necesito tu sangre”***

*El médico necesita, con urgencia, sangre de un grupo y factor extraños para transfundir a un paciente gravemente herido. Pregunta en la guardia si allí hay alguno con esa sangre y Benicio, que acudió para una observación menor, levanta la mano... De inmediato, el médico ordena a dos enfermeros que lo sostengan y le extraen, por la fuerza, la cantidad necesaria para salvar al paciente.*

***Caso 3.1. (Variante) “Necesito tu piel”.*** *Lo que el médico necesita ahora es piel para trasplantar a un quemado grave. Procede del mismo modo con Benicio.*

***Caso 3.2. (Variante) “Necesito uno de tus riñones”.*** *Y ahora, el incansable médico, lo que necesita es un riñón, para trasplantar a quien lo espera sin éxito desde hace tiempo y morirá en breve si no lo tiene. Procede del mismo modo con Benicio.*

Quizá sea el grupo más evidente de casos en los que el rechazo de ambos autores a admitir cualquiera de las *excursiones de caza* del médico sería más contundente. No puedes atravesar mi ámbito de intimidad más sagrado, mi cuerpo, aún con un leve pinchazo que yo no consiento. No puedes pretender que ninguna de esas acciones pueda constituirse en ley moral práctica universal. Simplemente, porque presentan los más claros supuestos de cosificación del otro, de su uso como medio en lugar de como fin.

**Caso 4. “Un perro en el concierto”:**

*En un concierto sinfónico, un perro se suelta de su dueño y se abalanza sobre el director de la orquesta por excitarle sus movimientos; el artista se defiende con su batuta, clavándosela al perro en la garganta, y lo mata.*

**Caso 4.1. (Variante):** *El director se protege arrebatando al violoncelista el instrumento y colocándolo delante del animal para cubrirse.*

**Caso 4.2. (Variante)** *El violín es un Stradivarius.*

La única variante que ambos admitirían es la primera. Ninguno avalaría la injerencia lesiva en la esfera de libertad del violinista, el uso meramente instrumental de otro para mis propios fines. Mucho menos, si, como en la variante 5.2. la pérdida que se impone a la fuerza tiene un valor decisivo para la conformación del plan de vida ajeno.

## Capítulo IX. Nuestro ordenamiento jurídico (y penal) es esencialmente liberal: libertad negativa.

Mi propósito ahora es explicar brevemente por qué, a pesar de la “fuerte invitación a una teoría de fundamentación consecuencialista” que parece hacernos la fórmula de estado de necesidad justificante elegida por el legislador argentino, nuestro orden jurídico, en rigor, rechaza visceralmente esa alternativa (la tesis colectivista del mal menor) y se decanta por una concepción liberal para las relaciones jurídicas y sociales.

### 1. Aproximación normativa:

#### 1.1. La Constitución:

Nuestro ordenamiento jurídico constitucional (y penal) es esencialmente liberal.<sup>532</sup> Germán Bidart Campos lo explica así:

“La Constitución expresa y contiene un orden material o sustancial de valores, lo que significa que no es neutral, que toma partido por un sistema axiológico bien definido. A la vez, hay en ella un conjunto de principios que, en común con los valores, hacen de núcleo central o de eje para expandir su obligatoriedad a todo el resto del ordenamiento jurídico... ese plexo de valores o de principios compone el llamado *techo ideológico* de la Constitución, que es tanto como decir su *filosofía política* y su *espíritu*.”<sup>533</sup> El preámbulo de la constitución histórica, intacto luego de la reforma de 1994, señala seis objetivos con sus correspondientes verbos: “constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a

---

<sup>532</sup> Para una visión distinta y que acentúa al bien común por sobre el individual, ver SANTIAGO, Alfonso, “El concepto de bien común en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina”, *La Ley*, t. 192, 851-879. Sostiene allí el autor que en la jurisprudencia de la Corte Suprema, dividida hasta la publicación del trabajo en once etapas que siguieron bastante de cerca los permanentes cambios políticos del país -y se adecuaron pronto a ellos- “destaca la tesis del *personalismo solidario*, que intenta armonizar la protección de los derechos humanos con el activo ejercicio de las facultades estatales en procura del bien común”, salvo algunas excepciones de tinte más personalista (876). Paradigmática de la interpretación de tinte intervencionista y social fue la Corte de la “cuarta etapa” (gobierno de Perón, 1947-1955) en donde se dijo, por ejemplo: “el derecho de propiedad, como los otros derechos individuales, está supeditado en su alcance y modos de ejercicio, a lo que requiera el orden público. Es inviolable en cuanto su ejercicio no obsta al bien común, fundamento de todo derecho individual y, por ende, anterior y superior a ella...” (CSJN, Fallos, 208:430 de 1947). Asimismo, con acento en el bien común como el valor social primordial, YACOBUCCI, *El sentido...*, 209-244. En 209-210, cita a Tomás de Aquino, comentando a Aristóteles: “... el bien común político es el principalísimo de todos los bienes que el hombre pueda buscar en este mundo, ya que por él se benefician todos”. La vida social es un orden de libertades ordenadas al bien común (211).

<sup>533</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, 4ta. reimp. Ediar, Buenos Aires, 2003, 323.

la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad". Claro que los principios y valores figuran tanto en la letra de la Constitución, como en los Tratados de Derechos Humanos que la integran y complementan y también en la forma de derechos implícitos que autoriza el art. 33 de la CN (por ejemplo y, nada menos, la dignidad de la persona humana). Por eso, "a la parte dogmática, le hemos dado el nombre de *Derecho constitucional de la libertad*, porque allí se centraliza el núcleo que coincide con el de la democracia, al conferir instalación a la persona humana de acuerdo con su dignidad, su libertad y sus derechos".

El paradigma de la impronta liberal de nuestra ley fundamental es su muy expresivo artículo 19<sup>534</sup>: "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe*".<sup>535</sup> Esta preciosa fórmula, dijo nuestro Máximo Tribunal, "expresa la base misma de la libertad moderna o sea la autonomía de la conciencia y de la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de mérito se realicen en virtud de la libre creencia del sujeto en los valores que los determinan".<sup>536</sup> Es, sigue, "la que traduce el espíritu liberal de nuestro orden jurídico, que la legislación penal ha respetado en otros casos, como la represión de la homosexualidad, la tentativa de suicidio, el incesto etc. Aquella norma excluye así, la posibilidad de fundar incursiones de los órganos estatales y, en especial, a través de la punición penal, en las conductas que integran la esfera del individuo, con exclusivo apoyo en posiciones éticas perfeccionistas o paternalistas, que no difieren esencialmente de la de Eurípides cuando en 'Ífigenia en Aulide', afirma: 'está puesto en razón que los griegos manden a los bárbaros'".<sup>537</sup>

De este modo, "*el artículo 19 de la Constitución Nacional garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio. De*

---

<sup>534</sup> Precepto tomado, en redacción que pertenece al primer Rector de la Universidad de Buenos Aires, presbítero Antonio Sáenz, del art. 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 (ver SAMPAY, Arturo, *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, 12 y ss.).

<sup>535</sup> La Corte Argentina ha subrayado la trascendencia de la disposición del art. 19, "*característica distintiva de nuestra Carta Magna, porque, al definir la esfera de libertad individual de los habitantes de la Nación Argentina, se emplaza como base fundamental para la arquitectónica global de nuestro orden jurídico*", CSJN, "Bazterrica", cit. considerando 6º del voto del Juez Petracchi.

<sup>536</sup> CSJN, "Bazterrica", considerando 7 del voto del Juez Petracchi.

<sup>537</sup> CSJN, "Bazterrica", cit., considerando 24 del voto del Juez Petracchi.

esta manera la Constitución Nacional y, sumado a ello, los tratados internacionales sobre derechos humanos jerarquizados, reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respecto de éstos entre sí, y en ese sentido, el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial”.<sup>538</sup> Y también se refiere a este límite constitucional como “la prohibición de interferir con las conductas privadas de los hombres, prohibición según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles libertad para que ellos elijan...”.<sup>539</sup> “...De esta manera el art. 19 de la Constitución Nacional establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía, de promover, el derecho de los particulares a programar y a proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo, al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás”.<sup>540</sup>

¿Y cual es la extensión de esta protección? La Corte ha dicho que “el art. 19 en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo... incluye aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas tales como la integridad corporal”.<sup>541/542</sup>

La Corte ha recordado también que “la idea de la autonomía de la conciencia y de la voluntad personal, que resulta fundante de la democracia constitucional, ha sido también proclamada por el Concilio Vaticano II en el sentido de que ‘para asegurar la libertad del

---

<sup>538</sup> Considerando 32 *fine*, de CSJN “Arriola”, Fallos 332:1963, voto de los Jueces Maqueda y Highton; destacados míos.

<sup>539</sup> CSJN “Bazterrica”, cit. considerando 12 del voto de la mayoría.

<sup>540</sup> CSJN, “Bazterrica”, cit. considerando 12 del voto del Juez Petracchi.

<sup>541</sup> CSJN, “Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S.A., P. 526-XIX, considerando 8º de uno de los votos concurrentes. Y CSJN, “Bazterrica”, cit. considerando 6º del voto del Juez Petracchi. La consagración del derecho a la privacidad está además complementada por la protección establecida en el art. 11 incisos 2º y 3º del Pacto de San José de Costa Rica, que tiene rango constitucional merced a la norma del art 75 inc. 24 de la C.N.: “11. 2 nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación y; 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias y esos ataques”.

<sup>542</sup> De este principio de autonomía de la persona humana se infiere directamente el derecho de realizar cualquier conducta que no perjudique los intereses de terceros (art. 19 de la CN) e, indirectamente, los *derechos que son instrumentales* para la elección y ejecución de planes personales de vida; de conciencia, de expresión, de asociación, de trabajo, de movimiento y elección de la residencia, de acceso a la educación, de disposición y de control individual sobre los bienes económicos que son necesarios para elegir y desarrollar tales planes de vida (arts. 14, 14 bis y 17 de la CN), ver NINO, *Introducción...*, 421.

*hombre, se requiere que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior...*’ (Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, parte L, Cap. 1º, N° 17, Colección de Encíclicas y Documentos Pontificios, 7ª ed., tomo II, Madrid, 1967). Esta es una convicción en la que se hallan convocadas las esencias del personalismo cristiano y del judío, y de las demás concepciones humanistas y respetuosas de la libertad con vigencia entre nosotros”.<sup>543</sup>

Además, y sólo para mencionar algunos de los derechos constitucionalmente reconocidos, se nos asegura la defensa en juicio, la existencia de un debido proceso legal, el derecho a ser oídos por un juez imparcial que debe resolver en tiempo oportuno las cuestiones que se le someten (art. 18 de la C.N. y 8.1. de la CADH.).

De otro lado, no se nos castiga por lo que somos sino por lo que hacemos (sistema de derecho penal de acto). Y en al medida de lo que hacemos (principio constitucional de culpabilidad, y sus corolarios de la personalidad y de la proporcionalidad de la pena).

Se nos reconoce constitucionalmente un ámbito de libertad (de libre juego, de opción, de elección de alternativas) muy amplio con la sola limitación que el respeto al mismo derecho de los demás y de la ley (“lo que no está prohibido esta permitido”, art. 19 CN).<sup>544</sup>

## **1.2. La ley Penal:**

1. El Código Penal argentino privilegia claramente los valores individuales (personales) sobre los colectivos. La ubicación sistemática de los títulos de la Parte Especial del Código Penal, muestra la preferencia del legislador por la defensa del hombre, de su integridad, de su honor y de su libertad como bienes primarios susceptibles de protección. Y que la infracción a las normas que los tutelan constituyen el mensaje o la comunicación más lesiva de las que se puedan emitir y merece, por tanto, una respuesta a su medida. Porque es

---

<sup>543</sup> CSJN, “Bazterrica”, cit. considerado 9º del voto del Juez Petracchi.

<sup>544</sup> “For, since a man has the authority or right to do all those things which can proceed from his natural powers, except such as are prohibited by law, there arises therefrom the common form of expression, namely, that those things which are permitted by some law or are not prohibited, we are said to have the right to do on the basis of that law”. (PUFENDORF, Samuel, *Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence*, Liberty Fund, Indianapolis, 2008, I, Definition XIII, n. 3).

preciso restablecer el principio de justicia, castigar al infractor por su ofensa y confirmar la vigencia del sistema normativo, mediante la estabilización de las expectativas sociales.<sup>545</sup>

2. La admisión de institutos como el de la legítima defensa y la mayor gravedad de los delitos dolosos que la de los culposos, no se explican si no es sobre la base de un sistema que pone a la libertad, (a la autonomía) y a su principio derivado, *la responsabilidad* por lo que se hace, en el centro de la escena.<sup>546</sup>

3. Por otro lado, la misma existencia de causas de justificación, es decir de *permisos* para actuar típicamente, define la característica o la impronta liberal de un sistema jurídico penal. En efecto, las justificaciones son un sistema general de permisos, no de mandatos. “*Puedes (te está permitido) hacer A si se dan las circunstancias X, Y, Z*”... “*Y, en tanto esas circunstancias concurran, tu acción, prima facie delictiva, no será castigada*”. Claro que existen casos en los que el agente está obligado por la ley a actuar, es decir que no sólo “puede” sino que “debe” hacerlo. Como enseguida examinaremos, el ordenamiento jurídico no sólo reconoce la existencia de deberes negativos (de no injerencia) sino también de deberes positivos (de ayuda, de socorro), que no revisten esa generalidad o universalidad. Son más específicos y están dotados de una mayor o menor intensidad y reconocen su origen para muchos, en la ley, en una posición o rol social o institucional o de nuestra simple condición de personas que viven, con otros, en sociedad.<sup>547</sup> Para quien esto escribe reconocen su fundamento en los dos principios centrales de la ética liberal: en la autonomía y en la dignidad. Pero, en lo que aquí interesa, la existencia misma de “*permisos de la ley para actuar típicamente*” implica o supone ya de parte del sistema jurídico, un reconocimiento del primer principio rector en un sistema jurídico liberal: el de autonomía individual, del que, como ya dijimos, se extraen varios principios operativos de segundo nivel que concretan su contenido material. El primero de ellos, es *el principio de autodefinition de intereses*

---

<sup>545</sup> Sí, el sentido de la pena para mí, es eminentemente retributivo. Pero no pueden desconocerse en ella también fines trascendentes: estabilización de la confianza general en la vigencia de la norma. La pena es producción de dolor sensible y expresión de desaprobación. Para los dos planos, el simbólico comunicativo y el fáctico aflitivo de la pena ver SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 113-117.

<sup>546</sup> COCA VILA, “Coches...”, 249. Si, por ejemplo, entras a mi casa a robar de noche, puedo matarte. En legítima defensa podemos lesionar más allá de lo que el autor iba a lesionar.

<sup>547</sup> Así, ALEXANDER, Larry, “Lesser evils: a closer look at the paradigmatic justification”, *Law and Philosophy* (2005), 24: 611-643. En 618: “There are times when we must choose to commit what is *prima facie* a crime and then defend by invoking the lesser evils defense. Although that defense usually permits but not mandate law violations, that is not always the case”.

*proprios*<sup>548</sup>, que dice que la organización, definición y disposición de los intereses adscritos o pertenecientes a la propia esfera, es competencia de su titular. Así, es el sujeto amenazado por el peligro quien, en ejercicio de esa libertad, de esa competencia, *puede consentir* la situación de peligro que lo afecta (v.gr. porque la considera más ventajosa o porque cree que “es lo que corresponde”) o puede ejercer la facultad de salvaguarda propia que se le otorga. Las causas de justificación con carácter general no son obligatorias. Un sistema utilitarista debería siempre obligar, por ejemplo, a salvar el bien o el interés mayor.

---

<sup>548</sup> Más adelante se analiza la propuesta de Baldó, que es quien presentó un sistema de justificación por necesidad basado en dos principios rectores o de primer nivel: la autonomía individual y la solidaridad intersubjetiva, del que se derivan otros principios operativos o de segundo nivel, como al que aquí aludo.



## Cuarta Parte

### Derechos para unos y deberes para otros.

Como anticipé, me propongo ahora examinar el sistema de derechos y de deberes que las situaciones de necesidad otorgan a unos e imponen a otros. Empezaré describiendo los *deberes* conforme lo hace la doctrina moderna: *deberes negativos* (de no interferencia, de abstención) y *deberes positivos* (de fomento o de mejora de la esfera de libertad ajena). Luego intentaré lograr una mayor precisión en la dualidad: derechos y deberes. Pretendo descubrir de qué hablamos cuando de derechos y de deberes hablamos, qué intensidad y qué alcance tienen, en cada una de las estructuras de los permisos por necesidad. Luego, llamaré la atención a un instituto de fuerte impronta liberal, algo despreciado, y que valoro muy importante a la hora de analizar y de resolver estas cuestiones: *el casum sentit dominus*. Además trataré allí la cuestión, ya sugerida, de *los dos momentos (distintos, temporalmente separados) en los que se desdoblán todas las estructuras de necesidad justificante* y la importancia que tiene en ellas la decisión que, libremente, toma el amenazado por el peligro (agredido o necesitado). Finalmente diré cual es el fundamento del estado de necesidad agresivo justificante que defiende desde una perspectiva liberal.



## Capítulo X. Deberes negativos y deberes positivos:

### evitar el mal y hacer el bien.

#### 1. La cuestión.

Señala Coca que, a diferencia de la perspectiva eminentemente materialista que rige el abordaje penal de los conflictos, en la filosofía suele enfrentarse el problema desde una óptica puramente normativa en donde, a la hora de jerarquizar los deberes, lo relevante es, en esencia, el tipo de relación que media entre el obligado y el necesitado”.<sup>549</sup> Como esa es la lectura que aquí propongo (deontológica en lugar de materialista o utilitarista), bien merece la pena examinar cómo se comprenden en el debate actual ambas nociones, ya no de libertad negativa y positiva sino de deber negativo (evitar el mal) y de deber positivo (hacer el bien) y cual es la relación que se predica entre ellos cuando entran en conflicto.

*El deber negativo*, se fundamenta en la idea de la libertad negativa, que, como vimos, tiene su fundamento en la justicia y en los principios fundamentales de la ética liberal y consiste en no dañar a otro, en no llevar adelante acciones lesivas para terceros. Se trata de deberes universales, que, en opinión más general, “sólo prohibirían interferencias”.

*El deber positivo* se basa, en cambio y en una opinión muy generalizada, en la caridad humana, en la benevolencia, en contraposición, o con preferencia, de la máxima de justicia. “Son aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni la de los destinatarios y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa”.<sup>550</sup>

Señala Robles Planas, que la introducción de estas categorías, y de esta discusión en la dogmática penal, es más bien reciente y que se la debemos a Jakobs (como vimos, en la filosofía, tiene una larga tradición). Para el alemán los deberes negativos tienen (todos y para todos) el mismo alcance, es decir que se refieren a no dañar a otro a través de la configuración

---

<sup>549</sup> COCA VILA, “La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución”, tesis doctoral, UPF, 2016, *passim*, 265 (en la edición publicada se ha omitido este capítulo).

<sup>550</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 1986/3, 17 a 33. Aquí, 17.

de mi propio ámbito de organización (*neminem laedere*), en suma, a no ampliar mi propio ámbito de libertad “a costa” de los demás.

Los deberes positivos, en cambio, son propios de aquel que ocupa un *status* especial, y que, en virtud de ese *status* especial está obligado a algo más. “El obligado positivo *además de no dañar al otro*, debe ocuparse de fomentar y hasta de ampliar la libertad ajena, y en ese sentido, conformar un mundo común con la persona favorecida...”<sup>551</sup>. Se trata, así, de mundos vitales que se conforman **junto con el otro**, se trata, en terminología del mismo Jakobs, de **altruismo**...<sup>552</sup>

Por lo general, los *deberes positivos* no revisten la característica de universalidad que sí exhiben los negativos, sino que son necesariamente *particulares o relativos*. En efecto, “todos tenemos la obligación de no injerirnos lesivamente en las esferas de libertad ajenas” o, dicho de otro modo, “está prohibido, con carácter general, lesionar a otro (a cualquier otro)”. Pero, claramente, “no todos tenemos la obligación de salvar a todo el mundo” “o de sacrificarnos en cualquier caso por todo el mundo”<sup>553</sup>. En realidad, precisa Robles, *la distinción* no tiene que ver con la configuración naturalística del comportamiento (si como acción o como omisión)<sup>554</sup> o con la situación del bien, *sino con el diverso fundamento de*

---

<sup>551</sup> JAKOBS, DPPG, 7/70: “(junto a la responsabilidad por la ampliación de un ámbito de organización que supone la pieza complementaria de la libertad de acción y que fundamenta la responsabilidad de los delitos de comisión) aparece una responsabilidad a causa de la lesión de deberes de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente asegurado... En estos delitos de infracción de deber... la relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no lesionar, sino positivamente por medio de un estatus del autor en relación con el bien... estrechamente vinculado a contextos regulados (padres, tutor, funcionario) –es decir a instituciones-... En estos delitos, la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por medio del estatus, no por medio de su ámbito de organización”. Asimismo, ver 28/15: “... junto a la responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización como contrapunto de la propia libertad de desarrollo personal, aparece la responsabilidad en la infracción de deberes de sacrificarse, es decir como garantía de la solidaridad... la garantía de los bienes, o de que no se produzcan peligros, se ve flanqueada en estos deberes por la garantía de las instituciones”. Hay un salto, grande, entre la definición de Garzón Valdés, ver *supra*, y la de Jakobs. Para el primero “sacrificio trivial” es aquello que se demanda y que, por cierto, no puede negarse. Aquí no se negará. Como tampoco lo hacían Mill ni Kant. Para el segundo: “altruismo”. Eso es bastante más y, en mi opinión, jurídicamente inexigible.

<sup>552</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, “Deberes positivos y negativos en Derecho Penal”, en *Estudios de Dogmática Jurídico Penal*, IBdef, Buenos Aires, 2015, 103 a 129. Aquí, 104. Dice JAKOBS, DPPG, 29/58: “en los deberes en virtud de responsabilidad institucional en sentido estricto... se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir de altruismo –aun cuando no necesariamente desinteresado-”. Recordemos que **altruismo** es más que solidaridad. Según el RAE: es “la diligencia en procurar el bien ajeno *a costa* del propio” (destacado mío). Ver *supra* nota 507.

<sup>553</sup> COCA VILA, *La colisión... passim*, 266: “no todo el mundo podría, bajo cualquier circunstancia, dar cumplimiento a un deber positivo” (con cita de Frischkin). Por su parte dice JAKOBS, DPPG, 7/70 “el estatus fundamenta, de modo distinto a como sucede en los deberes (que incumben a todos), de no lesionar o sus derivados (los deberes en virtud de incumbencia de organización en los delitos de omisión) un deber especial en sentido estricto”.

<sup>554</sup> Los deberes positivos y negativos no deben confundirse con la acción y con la omisión penalmente relevantes, a pesar de que las primeras infringen deberes negativos (expresados en normas prohibitivas, v.gr. “no

*cada uno de estos deberes*. En los negativos, se trata de *evitar el mal*; en los positivos, se trata de *hacer el bien*.<sup>555</sup>

En materia de deberes negativos, la doctrina se maneja con un criterio único. En cambio, respecto a los positivos, distingue entre *deberes positivos generales* y *deberes positivos especiales*. **Los deberes positivos generales** nos obligan a todos nosotros *vis a vis* la comunidad en general (es decir tienen, como los negativos, un *carácter subjetivamente universal*). **Los deberes positivos especiales**, en cambio, sólo obligan en el marco de *relaciones jurídicas bilaterales específicas*. En particular, en las relaciones familiares, de matrimonio, y con más fuerza en las paterno- filiales<sup>556</sup>. Pero también en cualquier otra relación intersubjetiva que surja de un compromiso libremente asumido por el obligado al deber. En este grupo pueden incluirse las tareas funcionales (roles institucionales) de, por ejemplo, bomberos, policías, médicos, etc. Pero también aquellas que surgen de un contrato.

En cuanto la fuente del deber sea el consentimiento, la decisión libre de la persona, y en tanto esa decisión libre implica, necesariamente (y como su contracara), la asunción de las correspondientes obligaciones que de ella emana y la responsabilidad por su infracción, los liberales no tendremos objeciones a presentar. Por ello es que, señala Coca, los deberes positivos especiales gozan de amplia aceptación entre los filósofos morales contemporáneos: son deberes relativamente exactos y estrictos limitados a su ámbito vinculante<sup>557</sup> (aquel que, libre y voluntariamente, uno asume).

Pero, claramente, los deberes positivos generales impuestos coactivamente, es decir los *deberes de mejora o de fomento* de las esferas de libertad ajenas que no derivan de un *status especial* del sujeto (institucionales) y no son libremente asumidos por él, casan

---

matar...”) y las segundas deberes positivos (expresadas en normas positivas e imperativos: v.gr. “¡ayudá!”). En efecto, señala Robles Planas (y la doctrina es en ello dominante), que la no realización de un acción positiva sobre un bien puede constituir la infracción de un deber negativo (v.gr. el jardinero debe regar las plantas y abonarlas –es decir, además de no dañar al cliente ni a sus plantas, debe fomentar el crecimiento de aquellas plantas que a su cargo tiene), y, a la inversa, bajo determinados presupuestos, la no mejora de la organización ajena, constituye una forma de menoscabarla, de dañarla (v.gr. en el deber de salvamento por injerencia). (ROBLES PLANAS, Ricardo, “Deberes positivos y negativos...”, 106).

<sup>555</sup> Acerca de lo insensato que parece considerar a los deberes positivos generales como simultáneos o reiterados esto es “salvar a todo el mundo, todo el tiempo” (requerimiento claramente imposible y que, por tanto, impide hablar de deber) y la posibilidad de pensarlo, más bien, como *el cumplimiento de un mismo deber* “de manera sucesiva, reiterada –pero espaciada en el tiempo- y sin pausa”, que no implique cada vez, más que limitaciones mínimas o triviales, GARZÓN VALDÉS, “Los deberes...”, 24-25.

<sup>556</sup> JAKOBS, DPPG, 25/59 “es el prototipo de los deberes de garante; se suele apoyar en la vinculación *natural, personal* estrecha, y a veces también en la ley. El deber se extiende en la medida que padres e hijos figuran un *mundo en común*, es decir que el niño lo abarca todo... De todos modos estos deberes garantizan un estándar mínimo de cuidados ya que jurídico penalmente no se puede garantizar la seguridad óptima...”

<sup>557</sup> COCA VILA, *La colisión... passim*, 267.

definitivamente mal con una concepción liberal. En efecto, mientras los deberes negativos se fundamentan en el deber intersubjetivo de respeto a la esfera de libertad ajena (*neminem laedere*), los deberes positivos generales encuentran su fundamento en un deber para con la comunidad, el deber de contribuir al bienestar de los demás, es decir, para la mayoría, en deberes de solidaridad, o institucionales, o mixtos o con respecto al otro ser como individuo. Por ejemplo: “*Ese deber no se basa en el ejercicio previo por parte del autor de su propia autonomía personal respecto del peligro que amenaza a la víctima, sino en su propia condición de (con) ciudadano frente a la generalidad, y, muy particularmente, frente al Estado*”.<sup>558</sup>

La pregunta sería entonces *¿hacemos el bien si sólo evitamos el mal?* Es decir ¿es suficiente con que sólo nos limitemos al respeto irrestricto del deber negativo (el de no dañar a otro)? La respuesta será claramente negativa cuando de deberes positivos especiales hablamos (existe un compromiso, derivado de fuente institucional y/o de una decisión autónoma que me obliga a más). Pero muy discutible, y discutida, cuando de deberes positivos generales hablamos.

Para que la cuestión resulte (algo) más digerible desde una concepción que privilegia a la autonomía individual, Robles, por ejemplo, *propone su reinterpretación* en los siguientes términos:

“la diferencia, y la inconveniencia en su equiparación, no tiene sólo que ver con que el fundamento de la imputación en cada una de las infracciones al deber sea distinto, sino también que resultan de *distinta intensidad*. En la infracción de los deberes negativos, se imputa directamente y con mayor fuerza el daño a aquel que los infringe (y ello en virtud del principio de responsabilidad por el propio acto organizador), en cambio en la violación de los positivos, la imputación, más débil, no tiene que ver con la responsabilidad sino, en el caso de los deberes positivos generales (omisión de socorro por ejemplo), con la infracción al deber general de solidaridad social y, en los especiales, con la violación del *status* especial del portador del deber especial (v.gr. padre respecto del hijo).<sup>559</sup>

Es decir, deberes positivos de fomento y ayuda al prójimo, basados, primero, en nuestra autonomía y, luego, en nuestro rol social de ciudadanos. De todos modos el problema para un liberal permanece presente, y ominoso, respecto de estos deberes positivos generales.

---

<sup>558</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, “Deberes positivos y negativos...”, 107 y 108.

<sup>559</sup> Que, en opinión de Robles Planas, no deriva de los tipos activos de la Parte Especial sino que requieren su expresa previsión (ROBLES PLANAS, “Deberes positivos y negativos...”, 110-111 y 126).

Es decir, con la “solidaridad social general” coactivamente impuesta, cualquiera sea su fundamento.

¿Deberes generales de auxilio, de fomento o de mejora existencial a favor de individuos indeterminados? ¿No está el Estado para cumplir con esos deberes, para ocuparse de ello, como su obligación central y como motivo principalísimo de su existencia?<sup>560</sup>

Algunos los rechazan de manera violenta y de plano, por ejemplo, Nozick.<sup>561</sup> Pareciera que mi compromiso social, mi deber como ciudadano, se agota, y está más que cumplido, con el pago de mis impuestos<sup>562</sup> y no veo por qué es que tengo que dar o que hacer algo más a favor de los otros, a la fuerza y si no me da la gana. El Estado, primaria o preferentemente obligado, es quien debe ocuparse de los menos favorecidos, de aquellos que necesitan ayuda o auxilio en la emergencia, y dejarme vivir mi vida en paz. Al final ¿se trata de un socio en mis ganancias; y que resulta demasiado oneroso para que, además, no sirva siquiera para cumplir los deberes que primordialmente le hemos asignado!

## 2. Una alternativa, acaso plausible:

De todas maneras, en los últimos treinta años, esta fuerte resistencia de los liberales a aceptar deberes positivos generales (que, como vimos no existe en Mill ni en Kant) ha ido cediendo, y casi ya no quedan autores que, en la tradición liberal más clásica, abominen de la existencia y de la relevancia, en diferentes grados o intensidades, de estas obligaciones “sociales”. Por mi parte, postulo que no son deberes de mejora o de fomento. Son deberes mínimos, excepcionales y subsidiarios de ayuda muy concreta en casos muy concretos (deber

---

<sup>560</sup> ROBLES PLANAS, “Deberes positivos y negativos...”, 128. “Los deberes positivos incumben primariamente al Estado y son cumplidos por sujetos en una situación especial, es decir por funcionarios. Se trata de deberes institucionales (en la terminología Jakobsiana) o derivados de institutos jurídicos” (en la terminología que Robles Planas prefiere).

<sup>561</sup> El (ultra) liberal R. Nozick es muy restrictivo respecto del reconocimiento de la existencia o de la necesidad del Estado (que termina por aceptar luego de examinar pacientemente su alternativa – la anarquía, es decir la ausencia de Estado reemplazado por agencias privadas de control). Dice que “*un Estado mínimo*, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimientos de contratos, etc., *se justifica*. Y que cualquier otro Estado *más extenso* violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica. Que *el Estado mínimo* es inspirador, así como correcto” (NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, prefacio, 7). De ello extrae una conclusión que califica de *notable*: “el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su propio bien o protección” (op. cit., 7). Al final, ello no es otra cosa que la máxima kantiana: el hombre no puede ser mediatizado, no puede servir como medio para otros fines (ni de otros hombres, ni del Estado).

<sup>562</sup> La carga en algunos países, especialmente en el mío, es asfixiante y resulta muy frustrante, hasta enojoso, comprobar sus lamentables resultados en términos de evolución o de mejora social general.

activo de socorro del 108 del CPA) y sólo cuando bienes personalísimos están en peligro; o deberes de soportar el mal que se nos causa, como deber mínimo nacido del reconocimiento del otro como persona (de su dignidad). Lo demás, el fomento, la mejora del otro son fines ponderables perfectamente deseables en cualquier sistema, pero nunca impuestos de manera coactiva, sino librados a la voluntad de las gentes.

Es que la autonomía es una condición absolutamente necesaria, pero no suficiente de un sistema político liberal. Y la autonomía tampoco resulta un valor exclusivo o excluyente de otros valores, ni suficiente para una verdadera moral liberal. El ser humano es esencialmente una criatura social que precisa inexcusablemente de los demás para su proyecto de autorrealización personal. Soy *yo*, pero *con* el otro. Vivo y me desarrollo en comunidad, soy un ser social. Necesito y reclamo el reconocimiento de mis pares. Debo al otro respeto. Me reconozco digno y autónomo pero en relación también con el otro, que recorre el camino a mi lado y a quien también, de algún modo, me debo. Por ello, no es solamente de la mano del comunitarismo sino de las propias trincheras del liberalismo político que se aboga por revisar la relevancia y el alcance de los deberes positivos.<sup>563</sup> Aunque la libertad como mandato de justicia, en forma de no interferencia o injerencia en las esferas ajenas, constituya el valor fundamental para un liberal, en una sociedad democrática y liberal, los deberes positivos deben tener su reconocimiento y su lugar, porque no niegan los deberes negativos, más bien complementan la definición del espectro de los deberes de justicia.<sup>564</sup> Tengo mi autonomía, pero ella no es absoluta. Reconoce su límite en la autonomía ajena. *Tengo mi dignidad, pero una parte fundamental de esa dignidad es el reconocimiento de la dignidad ajena.* Cuando establezco contacto, cuando lo miro, cuando converso con el otro, cuando lo escucho o pido que me escuche, lo estoy reconociendo como persona, le reconozco dignidad. La cuestión, claro está, será concretar cuales son las condiciones para llevar a cabo una

---

<sup>563</sup> COCA VILA, *La colisión... passim*, 269. Si uno lee atentamente a Mill, por ejemplo, no dejará de encontrar referencias a valores de justicia, de verdad y del bien común o comunitario.

<sup>564</sup> COCA VILA, *La colisión... passim*, 269. Véase Mill: “El bien por bien forma parte, asimismo, de los dictámenes de la justicia, si bien esto, aún siendo su utilidad social evidente -y aún cuando conlleva consigo un sentimiento natural humano-, no presenta a primera vista aquella clara conexión con el daño o el perjuicio que, dándose en los casos más elementales de justicia e injusticia, es la fuente de la intensidad característica de este tipo de sentimiento. Sin embargo, dicha conexión, aunque menos evidente, no es por ello menos real. Quien acepta beneficios y se niega a devolverlos cuando éstos son requeridos, causa un daño real al defraudar una de las más naturales y razonables expectativas, expectativa a la que, por lo demás, debe haber dado pie, al menos tácitamente ya que, de lo contrario, pocas veces se le habrían otorgado beneficios. (MILL, *El Utilitarismo...*, 132-133).



equiparación (si es acaso que de equiparar se tratase), o (lo prefiero), una delimitación razonable, prudente y respetuosa de la libertad entre unos y los otros.<sup>565</sup>

Yo creo que es la libertad misma el primer valor que debe ser utilizado para limitar a la libertad, porque la apelación a cualquier otro (por ejemplo, a la utilidad) debilitaría su *status* principalísimo. Y que ello no resulta contradictorio ni absurdo: la libertad se limita inicialmente a partir del principio que reconoce su fundamento en la misma noción de libertad: el principio de responsabilidad (en sus tres variantes). Y luego por el principio de la dignidad de la persona humana, que me impone límites a mis posibilidades de acción (*neminem laedere*, es decir como deber negativo de no interferencia); y también (en su manifestación positiva), el deber de reconocimiento y respeto por el otro.

La justificación de la coerción estatal en Kant funciona más o menos así: la coerción estatal puede prevenir que la gente haga lo que desee, cuando lo desea o cuando lo quiere, por lo que *prima facie*, “está mal”. Pero tal coerción puede estar moralmente justificada (por tanto no ser *moralmente mala*) si puede establecerse que, en ese caso, pudo haber sido racionalmente deseada por la persona contra la cual se actúa o contra aquel cuyos deseos se interfieren.<sup>566</sup>

### **3. La primacía del deber negativo sobre los positivos. Y de los deberes positivos especiales sobre los generales.**

En el marco de un Estado liberal, el deber prioritario, el mínimo moral, el deber imprescindible.<sup>567</sup> –que no único ni excluyente– será siempre el negativo, es decir el del mandato de “no dañar a otros” (*neminem laedere*).<sup>568</sup>

Cuando un deber positivo y otro negativo entran en conflicto, se defiende mayoritariamente entre los liberales, la primacía de los negativos.<sup>569</sup> Los argumentos que sostienen esa preferencia son dos: de un lado, la indeterminación e imperfección de los

---

<sup>565</sup> COCA VILA, op. y loc. cit.

<sup>566</sup> Véase en este sentido, MURPHY, “Marxism and retribution”, 225.

<sup>567</sup> SMITH, Patricia, “Liberalism...”, 6 y ss. “los deberes negativos están basados en el valor de la justicia, y el respeto de la dignidad, la libertad y los derechos”. Dice Mill: “De aquí se colige que el principio de dar a cada uno lo que se merece, es decir, bien por bien así como mal por mal, no sólo está incluido en la idea de justicia tal como la hemos definido, sino que es objeto apropiado de aquel intenso sentimiento que coloca en la estima de los hombres, lo justo por encima de la simple conveniencia”. (MILL, *El Utilitarismo...*, 134).

<sup>568</sup> COCA VILA, *La colisión... passim*, 266.

<sup>569</sup> Para la primacía de los deberes negativos sobre los positivos, ver Mill, *supra*. También SMITH, “Liberalism...”, 1 y 7 y citas. De todos modos, esta autora no acepta la primacía siempre y en todo caso de uno sobre el otro (158), Asimismo, véase Berlin, *supra*, Tercera Parte, Capítulo VII, punto 1.1.1.

deberes positivos generales, que más que imponer concretas normas de actuación parecen perseguir meros ideales sociales, cuya realización se deja en manos del agente llamado a actuar y que discrecionalmente decide si (y cómo), tratar de realizar el ideal general del deber positivo general. Dada esa indeterminación e inexactitud, esos deberes no pueden ser jurídicamente exigibles, *constituirían meros deberes imperfectos*.<sup>570</sup> Los deberes negativos, además, parecen contar con una legitimidad mayor porque están avalados por argumentos de *justicia*. El deber esencial y primero es siempre el negativo. La beneficencia viene después del deber de no dañar: “*mientras no violemos los derechos de nadie, podremos cumplir con el deber general de ayudar a los demás, ayudando a quienes tenemos más a mano, los parientes o a los conciudadanos. No hay nada de malo en que un padre salve a su hijo antes que al hijo de otro, con tal de que no atropelle al hijo de un desconocido de camino a rescatar al propio*”.<sup>571</sup>

Asimismo, como sostenía Mill, entre los deberes positivos generales y los deberes positivos especiales, estos últimos prevalecen sobre los primeros. Básicamente por dos razones: la primera por el principio de libertad en la asunción (los deberes positivos vinculables a un acto previo responsable gozarían de mayor relevancia que los deberes impuestos únicamente en atención a la pertenencia a la comunidad o incluso a la mera condición humana) y, la segunda, porque resultan más específicos, menos heterónomos. Esa carga de hétero-determinación en los deberes negativos es mucho menor que en los positivos, *ratio decidendi* para jerarquizar ambas obligaciones.<sup>572</sup>

---

<sup>570</sup> COCA VILA, *La colisión... passim*, 267 y nota 406 con cita de Mieth.

<sup>571</sup> COCA VILA, *La colisión... passim*, 268 y nota 412, la frase y la cita es de Sandel.

<sup>572</sup> COCA VILA, *La colisión... passim*, 268 con citas.

## Capítulo XI. El estado de necesidad agresivo como un “derecho mínimo”.

### 1. Introducción: Derechos y deberes que nacen de un permiso.

Buena parte de los problemas a los que nos enfrentan las situaciones de necesidad tienen que ver con el alcance de los derechos que se reconocen y de los deberes que se imponen. Es decir, con una **cuestión deontológica**.<sup>573</sup> Como vimos, se acepta, sin más, que el estado de necesidad es un **permiso** que *crea, al mismo tiempo, derechos* para el necesitado (el derecho de salvaguarda -merced al derecho de injerencia en la esfera de otro-) y un **deber** para el sujeto pasivo de la injerencia (el deber de tolerar o de soportar). Pero la cuestión es la extensión o el contenido material tanto de los derechos que se reconocen cuanto del deber que se impone en razón de ese permiso. Y no se hacen distinciones en la doctrina.<sup>574</sup>

Es decir, se trata de desentrañar (o acaso de delimitar) el contenido material y el alcance de esos *derechos* (de salvaguarda y de injerencia) para uno y de ese *deber* (de sacrificio) para el otro. En suma, de entender, de conocer, lo que el necesitado y el sujeto sobre el que recae la acción de salvamento y que resulta dañado en sus bienes o intereses pueden, o están obligados a hacer y, en su caso, a soportar.

Decía ya Mill “*la cuestión práctica de dónde situar el límite –cómo hacer el ajuste adecuado entre la independencia individual y el control social- es un tema en el que casi todo queda por hacer. Todo lo que hace que nuestra existencia sea valiosa, depende de la aplicación de restricciones sobre las acciones de otras personas*”.<sup>575</sup>

Si el peligro amenaza la vida del necesitado y proviene de una persona que **no** resulta responsable pleno por ese peligro, ¿puede éste matarlo o matar a otro para salvarse? ¿Debe ese otro dejarse matar? Si el peligro de muerte amenaza a 1000 personas, ¿puedo yo desviarlo para matar a 5? ¿Si el peligro cuestiona la vida, pueden causarse lesiones a otro para salvarla?

---

<sup>573</sup> Del vocablo griego *deon*, deber, y *logos*, razonamiento o ciencia. Palabra que empleó por primera vez Jeremy Bentham, quien desarrolló una teoría de los deberes concebidos sobre una base utilitarista aplicada a determinadas situaciones sociales. Se trata de los deberes que una persona tiene consigo misma y con los demás. “De los deberes que han de cumplirse en determinadas circunstancias sociales, y, muy especialmente, dentro de una profesión determinada” (FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1984, T. I, 745).

<sup>574</sup> Por todos, y notable, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 124 y 125: “*toda verdadera causa de justificación derivada en una situación de necesidad individual no sólo genera una facultad de salvaguarda propia o ajena, sino también un correspondiente deber de tolerancia de dicha acción de salvaguarda legítima en la esfera del sujeto afectado por la misma*”. Notable, porque utiliza la palabra facultad por derecho (de salvaguarda o de injerencia) para las tres situaciones de la tríada. Pero no nos dice por qué y no hace las distinciones que aquí sí haremos.

<sup>575</sup> MILL, “Introducción”, a *Sobre la libertad*, 52.

¿Debe el otro soportarlas? Y en su caso, ¿qué lesiones habilitaremos o permitiremos: graves, medias, leves? ¿Puede el médico extraerle a otro sangre por la fuerza para dársela a aquel que la requiere con urgencia? ¿Resulta aceptable, justo, legítimo, quitarle un ojo a quien los dos tiene, para salvar a otro de la ceguera absoluta? ¿Puede la señora de alta sociedad, vestida tan elegantemente, quitarle el paraguas y/o el abrigo que cubren del diluvio a aquel de menos recursos, para que sus carísimas ropas no se estropeen?

Son varias las cuestiones que interesan aquí, y las preguntas se multiplican. ¿Tiene siempre y en cualquier caso aquel que se encuentra en situación de necesidad un *ius necessitatis*? O, ese permiso legal, ¿es realmente un derecho? o, mejor, ¿es siempre un derecho? ¿Si así fuera, tienen esos derechos de necesidad (o nacidos de la necesidad) siempre un mismo alcance o extensión? ¿Acaso existen derechos *más fuertes que otros*? (Algo así como derechos fuertes, derechos medios, derechos débiles...).<sup>576</sup>

La doctrina vernácula, declara que la situación de necesidad justificante otorga un verdadero **derecho**. Y al parecer, uno bien fuerte, tanto que no permite oposición alguna.

Así, por ejemplo, dice Donna:

“... toda causal de justificación concede un verdadero derecho. En base a esto se deduce que el titular del derecho puede hacerlo valer hasta el límite de la fuerza, si ello fuere necesario. Con lo cual quien se encuentre lesionado en sus intereses, por la persona que ejerce el derecho, carece del derecho de defensa frente a quien tiene su acción justificada...”<sup>577</sup>

Y Fontán Balestra:

“las situaciones previstas en la ley como justificadas por la necesidad dan “un derecho de necesidad”. Por eso la acción es lícita y no produce consecuencias jurídicas de ninguna clase en perjuicio del autor, en

---

<sup>576</sup> Para una distinción muy distinta que la que aquí se hace entre derechos (de defensa) *fuertes* y *débiles* (para los primeros, legítima defensa, para los segundos, estado de necesidad defensivo), ver Wilenmann: “Por supuesto, es analíticamente posible que la acción de afectación se encuentre permitida sin deber de tolerancia (“permitida en sentido débil”) o que su realización (u omisión en su caso) no se encuentre sólo permitida, sino mandada. Al tratarse, sin embargo, de un problema de causas de justificación, la *ausencia de permisos en sentido débil* puede ser también asumida por hipótesis: las acciones originalmente definidas como prohibidas por afectar ámbitos jurídicos ajenos *tienen que pasar a ser recalificadas como permisos en sentido fuerte, es decir, con deberes de tolerancia correlativos*. Asimismo, la reconducción general de esos intereses a esferas de autonomía hace que su defensa sea siempre facultativa. Con ello, la posibilidad de la calificación de la acción de necesidad por medio de mandatos también puede ser eliminada. La determinación binaria permitida/deber de tolerancia del destinatario y prohibida/deber de respeto del agente es aquello que tiene que ser reconstruido por el sistema.” (Wilenmann, Javier, “El sistema...”, 4). *Yo, en cambio, reconozco derechos/deberes fuertes, medios y débiles*. Pero no hago depender la distinción entre legítima defensa y estado de necesidad defensivo de la existencia, en el segundo, de un supuesto deber de solidaridad, sino fundamentalmente de la infracción del deber general de respeto a la autonomía ajena (principio de responsabilidad con diferente grado y alcance). Y, para el caso de la situación de necesidad agresiva, de condiciones que el necesitado habrá de cumplir para habilitar una injerencia mínima, excepcional y subsidiaria en la esfera de libertad del inocente y de la existencia, para éste, de un deber de tolerancia mínimo que nace del principio de dignidad: es decir, simplemente, del reconocimiento en el otro de su condición de persona.

<sup>577</sup> DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, 132.

cambio la situación de necesidad también aparece en la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, pero la acción, aunque impone por ausencia de culpabilidad, es antijurídica. Sólo el derecho de necesidad es justificante”<sup>578</sup> “La acción que reúne objetivamente todos los requisitos de una causa de justificación, está de acuerdo con el Derecho. Y siendo lo antijurídico uno sólo, la acción es lícita para todo el ordenamiento legal. Por tanto, el acto no acarrea consecuencias penales de ninguna naturaleza, ni puede haber daño resarcible. Tampoco son posibles, por definición las normas accesorias de manifestación del delito como la tentativa o la participación y, por último, no son aplicables las medidas de seguridad, porque la acción no es típicamente antijurídica, requisito indispensable para que se trate de una acción atribuible”<sup>579</sup>.

Su fundamento es el principio de unidad del orden jurídico. Lo que el Derecho permite en un lugar, no puede prohibirlo en el otro.

Veamos del otro lado, es decir respecto de los deberes y de su extensión y contenido material. Aquel que sufre la acción de salvaguarda que lo daña en su libertad, en sus intereses, en sus derechos: ¿tiene siempre un deber (una obligación) de sacrificarse, de aguantarse, de tolerar, de soportar? ¿Se trata realmente de un deber?; o mejor, ¿es siempre un deber? ¿Existen deberes más fuertes que otros? (Algo así como un deber de sacrificio fuerte, uno medio, uno débil...).

---

<sup>578</sup> FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal...*, 259-261: “De ello se deducen principios que rigen todo el sistema de justificantes:

A. *Quien obra conforme a una norma jurídica, actúa legítimamente, en virtud del principio de no contradicción del orden jurídico. Lo que el Derecho autoriza o impone en una norma, no puede declararlo antijurídico en otra disposición coexistente.* Este principio está ampliamente reconocido en el art. 34 inciso 4 del CPA, al declarar *no punible* al que obra en cumplimiento de un deber, o en ejercicio de autoridad o cargo (cumplimiento de la ley), o en el legítimo ejercicio de un derecho. El principio está contenido, con carácter general en el art. 1071 del Código Civil, según el cual, el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto.

B. *Actúa legítimamente quien ejerce un derecho de necesidad, acordado por cualquiera de las ramas del orden jurídico.*

Este principio es sólo una especie del anterior, pues quien ejerce un derecho de necesidad obra conforme con una norma jurídica. Conviene señalarlo porque las situaciones previstas en la ley como justificadas por la necesidad dan “un derecho de necesidad”. Por eso la acción es lícita y no produce consecuencias jurídicas de ninguna clase en perjuicio del autor, en cambio la situación de necesidad también aparece en la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, pero la acción, aunque impone por ausencia de culpabilidad, es antijurídica. Sólo el derecho de necesidad es justificante.

B.1. *confieren derecho de necesidad, las causas de justificación contenidas en la ley penal para situaciones de necesidad que reúnen determinados requisitos: el estado de necesidad y la legítima defensa.*

B.2. *Actúa legítimamente quien ejercita el derecho de necesidad del derecho civil respecto de las cosas.* En estado de necesidad interesa al derecho civil; a) como vicio de los actos jurídicos; b) legitimando daños causados por necesidad. Este segundo aspecto es el que tiene efecto como justificante”.

<sup>579</sup> FONTÁN BALESTRA, “*Derecho Penal...*”, 259. En el mismo sentido ver RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 182-184. Aunque estos autores advierten “alguna dificultad... si A para defenderse de la agresión de B, utiliza el bastón de C y lo rompe, ¿no debe pagar su valor? ... no parece equitativo negar a C una acción civil contra A destinada a lograr su resarcimiento”. Estas dudas exhiben a mi juicio, muy claramente, que *el derecho* que reconocemos a A de defenderse legítimamente contra la agresión de B (situación de legítima defensa), no es el mismo, no tiene la misma extensión ni el mismo contenido, que el que podamos reconocerle al tomar el bastón de C (estructura de estado de necesidad agresivo). Y que, por tanto, los *deberes de tolerancia* o de sacrificio, en este caso de B y de C, no son ni pueden ser los mismos.

Vamos despacio. Mi intuición inicial es que, en efecto, no todas las situaciones son iguales, que resulta necesario distinguir los casos y que, tal como propone buena parte de la más caracterizada doctrina desde hace tiempo, resulta preferible un enfoque que abandone la *binariedad* tan característica de nuestra ciencia, a favor de la *gradualidad*.<sup>580</sup> La antijuricidad, en efecto, parece una dimensión relativa y graduable. Algo puede ser justo o injusto, pero también *más* o *menos* injusto. Lo mismo puede decirse de otras categorías como el dolo, la culpabilidad o la responsabilidad. Y también, según creo, puede admitirse sin dificultad que existen derechos más fuertes que otros y deberes más intensos que otros. No parece que los derechos (de salvaguarda y de injerencia) del agredido en legítima defensa “sean lo mismo” (o “los mismos”) que aquellos derechos de quien actúa en estado de necesidad defensivo. Y, mucho menos, que los derechos (de salvaguarda y de injerencia) de quien actúa en estado de necesidad agresivo puedan equipararse o asimilarse a alguno de los anteriores. Lo mismo puede decirse de los deberes, y en concreto del deber (de sacrificio) del sujeto sobre el que recae la acción de salvaguarda o la injerencia que lo daña, en cada una de las tres situaciones de necesidad.

Intentaré abordar esta crítica (y muy espinosa) cuestión, partiendo de la clásica propuesta de un autor poco referenciado en nuestro entorno (a lo menos en el penal)<sup>581</sup>, el norteamericano Wesley N. Hohfeld (y de los aportes de Genaro Carrió a esa obra), de las distinciones de Carlos Nino y de las ya presentadas de mi maestro Jesús Silva.

## 2. La propuesta de Hohfeld.

Wesley Newcomb Hohfeld nació en Los Estados Unidos en 1879 y murió muy pronto -de gripe-, en octubre de 1918, a los 39 años<sup>582</sup>. Enseñó en Stanford y en Yale y publicó, en 1913, un pequeño pero importantísimo trabajo que llamó “*Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*”<sup>583</sup> y que fue traducido al castellano en 1967 por el argentino Genaro Carrió, quien sumó un *estudio introductorio* que resulta también importantísimo para mis fines<sup>584</sup>

---

<sup>580</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 289: “resulta imprescindible renunciar a ... clasificaciones binarias... aceptando que, en un objeto, determinada propiedad puede constatarse en mayor o menor medida”.

<sup>581</sup> Algunas referencias, a las que aludiré, aparecen en la *Revista Discusiones* N 7 ya citada.

<sup>582</sup> “Wesley Newcomb Hohfeld”. *The Yale Law Journal*, Vol. 28, No. 2 (Dec., 1918), 166-168, nota con motivo de su muerte.

<sup>583</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb, “Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning”, *The Yale Law Journal*, vol. 23, 16 y ss., 1913 y vol. 26, 710 y ss. 1917, Connecticut, New Haven.

<sup>584</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968. Traducción y “Nota Preliminar”, de Genaro Carrió (7 a 21). Se utiliza y cita la tercera edición

Explica allí Carrió que existen tres nociones predicados o *calificativos básicos o más generales en deontología* jurídica: lo jurídicamente *obligatorio*, lo jurídicamente *prohibido* y lo jurídicamente *permitido*, a las que llama “*expresiones A*”. Pero también existen *otras*, no tan generales, *de nivel intermedio*, que los juristas empleamos permanentemente con mayor o menor exactitud o claridad y, sobre todo, de una manera casi promiscua. Las denomina “*expresiones B*”. En ese grupo aparecen, entre muchas otras, las palabras o expresiones “*derecho subjetivo*” y “*deber jurídico*”<sup>585</sup>. Finalmente existen también palabras o expresiones mucho más específicas (con un ámbito más acotado o circunscripto), que los estudiosos del Derecho empleamos en cada una de nuestras ramas de estudio, práctica o interés. Carrió las denomina “*expresiones C*” y allí agrupa, por ejemplo, en el caso de los penalistas, a las siguientes: “excusa absolutoria”, “imputabilidad”, “legítima defensa”, “estado de necesidad”, “dolo” etc.

Hohfeld dedica su investigación a las palabras o frases intermedias (las que Carrió titula o identifica como “*expresiones B*”), es decir a aquellas que están “a medio camino” entre las más generales, las “*expresiones A*” y las más específicas, las “*expresiones C*”.

Estas “*expresiones B*” exceden el campo particular de estudio de cada rama específica del Derecho y resultan útiles u operativas tanto para el Derecho civil, como para el penal, el comercial, el laboral, etc.<sup>586</sup> El ensayo de Hohfeld omite - con perfección - casos o cuestiones penales. Su atención está puesta, más bien, en la jurisprudencia sobre casos de derecho comercial y civil. Pero de todos modos, la clasificación, en la medida en que nos referimos a las “*expresiones B*”, resulta perfectamente trasladable a nuestra ciencia.<sup>587</sup>

En efecto, el estudio de Hohfeld tiene como objetivo fundamental el análisis de dos palabras de ese grupo de “*expresiones B*”: ***derecho*** y ***deber***, que son las que, precisamente, me interesan aquí<sup>588</sup>.

---

mexicana de 1995. La nota preliminar se reproduce, sin cambios, en CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 5ta. Ed. 2011, 300 a 317.

<sup>585</sup> NINO llama a estos conceptos (responsabilidad, obligación, derecho, derecho subjetivo, deber, facultad, persona jurídica, etc.) “conceptos básicos del derecho” y afirma que el análisis de su significado constituye una de las funciones de la filosofía del derecho. Para ello resulta necesario acudir al lenguaje ordinario que usan tanto los dogmáticos como la gente en general para describir la realidad jurídica. Ese “uso común”, descubre criterios muy poco definidos y en muchos casos ambiguos. NINO, *Introducción...*, 165 y 166.

<sup>586</sup> CARRIÓ, Genaro, “Nota Preliminar”, a *Los conceptos jurídicos fundamentales*, 8.

<sup>587</sup> Nino destaca el trabajo de Hohfeld, aunque los sentidos de derecho subjetivo concuerdan sólo parcialmente con los que él utiliza (NINO, *Introducción...*, 207 a 209).

<sup>588</sup> No creo necesario modificar, ni mucho menos eliminar, la expresión más general “permiso” perteneciente al grupo de “*expresiones A*”. Se la puede mantener para la tripartición de las situaciones de necesidad, modificando sí el contenido de las expresiones o palabras intermedias (“*expresiones B*”), que presiden el binomio “derecho-deber, o introduciendo diferencias tanto en su denominación como en su alcance. Tampoco resulta preciso

Explica Carrió que “... si nos aproximamos a estas dos palabras, comprobamos que presiden algo así como grupos o familias de palabras o expresiones emparentadas entre sí que los juristas utilizan a menudo, sin precisar las relaciones internas de cada familia, o de esas palabras entre sí. No se sabe si algunos miembros son sustituibles, y si lo son, por qué lo son. No se sabe, a ciencia cierta, si el uso que esas palabras reciben, admite áreas de superposición, y, en su caso, cómo y con qué criterio puede ser acotada la zona común y deslindada la que no lo es. No se sabe, tampoco, si esos términos se emplean con un significado unívoco o si, por el contrario, sus reglas de uso toleran ambigüedades que el contexto puede, o no, ayudar a disipar. Hay, en suma, un aparente caos terminológico que, en este caso, parece ser un indicio de caos conceptual”.<sup>589</sup>

Así, tanto a la palabra **derecho** (*right*) como a la palabra **deber** (*obligation, duty*), se le asocian, entre otras<sup>590</sup>, las siguientes palabras o expresiones que integran las respectivas “familias”:

| Derecho             | Deber           |
|---------------------|-----------------|
| Privilegio          | Obligación      |
| Libertad            | Responsabilidad |
| Prerrogativa        | Incompetencia   |
| Facultad            | Prohibición     |
| Inmunidad           | No derecho      |
| Potestad            | Limitación      |
| Poder               | Carga           |
| Pretensión legítima | Servicio        |
| Competencia         | Gravamen        |
| Prioridad           | Impedimento     |
| Preferencia         | Restricción     |
|                     | Inhibición      |
|                     | Débito          |

modificar las expresiones que utilizamos normalmente los dogmáticos del derecho penal (“expresiones C”), al menos aquí y ahora.

<sup>589</sup> CARRIÓ, “Nota Preliminar...”, 10.

<sup>590</sup> El listado es todavía más extenso, ver 10. He elegido aquellas palabras o expresiones que me resultan más interesantes o relevantes para mis fines.



Parece prometedor. Se coincidirá, ya de entrada, que la palabra “*derecho*” (en nuestro caso *derecho de salvaguarda y derecho de injerencia*) no parece significar lo mismo (ni en contenido, ni en alcance) que, por ejemplo, las palabras *privilegio, potestad o facultad (de salvaguarda o de injerencia)*. Y parece también claro que estas últimas palabras portan o denotan una *fuerza ilocucionaria inferior* a aquella que las agrupa lo que, postulo, resulta de especial interés para aquella expresión del ámbito de las “expresiones C” (*situaciones de necesidad*) que resultan el objeto de esta investigación.

Del mismo modo, la palabra “*deber*” (en nuestro caso deber de tolerar o de soportar) no parece significar siempre, en su contenido o en su alcance, “*no derecho*”, “*obligación*”, “*impedimento*”, “*débito*”, o “*carga*”. Y que estas últimas palabras tienen, de nuevo, una fuerza ilocucionaria distinta a la voz que las agrupa.

Así, de todos los *usos posibles* que puedan darse a estas palabras o expresiones, parece preciso rescatar aquellos que, efectivamente, merezcan distinciones útiles. Eso es lo que Hohfeld pretende con su ensayo y lo hace partiendo de los usos que se le dan en el lenguaje habitual de los juristas.<sup>591</sup>

Para ello, el autor identifica (o elije) *ocho conceptos fundamentales*, cuatro de cada una de las familias.<sup>592</sup> Ello sin pretensión universal o reduccionista sino, más bien, como un ejercicio analítico que imagina y pretende útil para resolver los problemas prácticos que surgen del trabajo diario tanto de los abogados como de los jueces.<sup>593</sup> Es, precisamente, lo que quiero hacer. Pretendo, sobre la base de la propuesta Hohfeldiana, y tal como propuse al principio, explicar quién tiene *derecho* de necesidad - esos derechos de salvaguarda y de injerencia- (qué tipo de derechos son ellos, qué contenido y qué intensidad tienen, y contra quién puede ejercerlos su titular). Y, del otro lado, su correlato. Es decir cuales son los *deberes* que el derecho reconocido impone a otros (qué deberes o qué clase de deberes son ellos; cuál es su contenido y qué intensidad tienen y a quien se le imponen en cada una de las situaciones de necesidad justificantes.

Hohfeld agrupa sus 8 conceptos fundamentales en dos tablas, una de *correlativos* y otra de *opuestos*.

---

<sup>591</sup> CARRIÓ, “Nota Preliminar”, 11 y 12.

<sup>592</sup> Aunque posible y legítimo, no valoré útil o necesario elegir “otros” conceptos o palabras de aquellas varias a disposición en cada uno de los dos grupos de familias. Trabajaré con las mismas que Hohfeld eligió.

<sup>593</sup> CARRIÓ, “Nota Preliminar”, 13 y nota 3.

## 2.1 La tabla de los correlativos y sus relaciones.

En la *tabla de los correlativos*, Hohfeld selecciona y agrupa cuatro *modalidades activas* (pertenecientes a la familia *derecho*) y las presenta en su relación con sus correspondientes cuatro *modalidades pasivas* (pertenecientes a la familia *deberes*) y **a las que, subraya, complementan**. Esos correlativos describen “*la situación que un sujeto A tiene o exhibe frente a un sujeto B*”. En la de las pasivas, identifica “*la situación que, en cada caso, exhibe un sujeto B frente a un sujeto A*”. Como se ve, se trata de una misma situación (de un mismo estado de cosas) descripta, mirada o examinada desde ángulos opuestos o enfrentados (el del portador del derecho, y el del obligado por el deber). Esta tabla será la que más interese a nuestros fines, siendo las situaciones de necesidad, supuestos de conflicto entre dos sujetos de derecho.

Veamos:

|                               |                                                                      |                                                                                     |                                                              |                                                  |
|-------------------------------|----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| <b>Correlativos jurídicos</b> | Derecho (subjetivo) o derecho como pretensión ( <i>claim right</i> ) | Derecho como privilegio o como libertad ( <i>privilege right or liberty right</i> ) | Derecho como potestad o como facultad ( <i>power right</i> ) | Derecho como inmunidad ( <i>immunity right</i> ) |
|                               | Deber ( <i>duty</i> )                                                | No derecho ( <i>no right</i> )                                                      | Sujeción ( <i>liability</i> )                                | Incompetencia ( <i>disability</i> )              |

Así tenemos que a la modalidad activa “*derecho como pretensión*” (*derecho como pretensión de A*), le corresponde la modalidad pasiva “*deber*” (*deber de B*)<sup>594</sup>. A la modalidad activa “*derecho como privilegio o como libertad*” (*derecho como privilegio -o libertad- de A*) le corresponde la modalidad pasiva “*no derecho*” (*no derecho de B*)<sup>595</sup>. A la modalidad activa “*derecho como potestad o facultad*” (*derecho como potestad o facultad de A*) le corresponde la modalidad pasiva “*sujeción*” (*deber como sujeción de B*); y a la

<sup>594</sup> “No cabe duda de que ‘deber’ es el correlativo invariable de la palabra ‘derecho’. Un deber jurídico o una obligación jurídica es aquello que uno debe o no debe hacer. ‘Deber’ y ‘derecho’ (subjetivo) son palabras correlativas. Cuando se invade un derecho se viola un deber”. (HOHFELD, 49 y 50).

<sup>595</sup> Sí, cuesta distinguir las diferencias entre privilegio y derecho. El autor lo ejemplifica así. “Si el correlativo del derecho de X a que Y no entre en su inmueble es el deber de Y de no entrar en él, el correlativo del privilegio de X a entrar en su inmueble es el ‘no derecho’ de Y de impedirle entrar en él (HOHFELD, 51). Advierte el autor que utiliza la expresión “no derecho” porque no encuentra una mejor (su traductor la mantiene y no seré yo quien contradiga a ninguno de los dos).

modalidad activa “*derecho como inmunidad*” (derecho como inmunidad de A) le corresponde la modalidad pasiva “*deber como incompetencia*” (deber como incompetencia de “B”).<sup>596</sup>

Es decir, en lo que aquí más interesa:

**i. Afirmer que “A tiene derecho como pretensión a hacer X”, significa que “B tiene el deber de tolerar o de soportar la acción (o la omisión) X cuando A la emprende”. Y, también, que “A tiene el derecho como pretensión de que B haga (u omita hacer) Z”, y, por tanto, que “B tiene el deber de hacer (o de omitir) Z”.<sup>597</sup>**

Entonces, si decimos que “A tiene derecho como pretensión de injerirse (*lesivamente*) en la esfera jurídica (de autonomía, de derechos) de B para evitar el mal X”, eso significa que “B tiene el deber jurídico de tolerar o de soportar, sin oposición legítima posible, esa injerencia en su propia esfera de libertad para que A evite ese mal”. Y también estamos diciendo que “A tiene el derecho como pretensión de que B no reaccione o que B no se defienda (omita hacer Z)”, es decir, estamos afirmando que B tiene el deber de omitir su propia defensa.

Evidentemente se trata de **derechos y de deberes fuertes**. Máxima habilitación para la injerencia, máximo deber de tolerancia. Reconocimiento pleno (fuerte) de un derecho, negación plena (fuerte) en la esfera del sujeto pasivo de la injerencia. Reconocemos fácilmente esos derechos y deberes fuertes (*claim rights*) en la situación de necesidad que deriva en la estructura de la **legítima defensa**. Con ello, la propuesta de Hohfeld viene a confirmar plenamente nuestras afirmaciones previas: lo que define (y fija) la relación interpersonal es la acción del responsable por el peligro que, con una máxima intensidad (responsable pleno) viola su deber negativo (*neminem laedere*) y, con ello, se somete a un *deber (duty) de tolerancia máximo* pues hace nacer en el agredido el *derecho fuerte (right claim)* a una respuesta que puede resultar también de la máxima intensidad.

---

<sup>596</sup> CARRIÓ, “Nota Preliminar”, 14. Ver las tablas de Hohfeld en 47.

<sup>597</sup> “A person with a Hohfeldian *right* against another person (who in under a *duty*) has a *claim* if the other does not act in accordance of the duty” (NYQUIST, Curtis, “Teaching Wesley Hohfeld’s Theory of legal relations”, *Journal of legal education*, Vol. 52, No. 1/ 2 (March/June, 2002), 238-257. Aquí, 239.

ii. Decir que “A tiene el *derecho como privilegio (o como libertad)* de hacer X”, significa que “B tiene un *no derecho* a que A haga X” (es decir que no puede -no tiene derecho a- impedirlo).<sup>598</sup>

Así, si decimos que “A tiene el *derecho como privilegio o como libertad* de injerirse en la esfera de autonomía (de derechos), de B para evitar el mal X”, estamos diciendo que “B no tiene derecho - tiene un “no derecho”- a impedir que A omita o se abstenga de ejercer la acción de salvaguarda para evitar ese mal X”. Pero, a la vez, y esto es importante, también estamos diciendo que “*A tiene la libertad de hacerlo o no*” (es decir que *tiene la libertad de elegir* reaccionar defensivamente contra el peligro o que podría no hacerlo si así lo decide).<sup>599</sup> Como veremos, el opuesto del derecho como privilegio o como libertad es el deber (*duty*). Cuando uno tiene el derecho como privilegio o la libertad de ... (hacer o de omitir X), es porque no tiene el deber de ... (hacer o de omitir X).

Admito que no resulta sencilla la descripción de esta acepción que integra la familia de los derechos y a la que Hohfeld llama “*derecho como privilegio o como libertad*”. Pero, como se verá, bien merece la pena que hagamos un esfuerzo por desentrañarla.

Hohfeld enfatiza que el derecho como privilegio (la libertad, la permisión de realizar cierta acción), debe diferenciarse del derecho como pretensión a que otros no interfieran en el ejercicio de ese privilegio. Carrió, en la nota preliminar, lo ejemplifica con la situación de dos boxeadores en el ring: cada uno de ellos tiene el privilegio (la libertad, la permisión) de pegarle al otro, pero obvio es, ¡definitivamente no tienen el derecho a que el otro no interfiera en su intento de pegarle! Así, en esa situación de pelea, ambos conservan el derecho, pero cuando el otro ejerce el suyo en una situación determinada (cuando el púgil de pantalón rojo pega un golpe dentro de las reglas del deporte), su contrincante (el de pantalón azul) intentará eludirlo o esquivarlo, pero no puede “oponerse a que le pegue”, no tiene el derecho a hacerlo.

Asimismo, sostengo que, cuando un sujeto decide emprender una acción de salvaguarda frente al peligro que lo amenaza contra la fuente que origina el peligro como responsable preferente (peligro que es objetivamente imputable o también subjetivamente, pero con culpa, a su propia esfera), el otro no puede oponerse, no tiene derecho a hacerlo. Se

---

<sup>598</sup> La palabra *privilegio* que utiliza Hohfeld ha sido también entendida, por él mismo, como *libertad* (que tiene origen en Bentham y que también utiliza Ross). “A person with a privilege may act without liability to another (who has a no right).” (NYQUIST, 239).

<sup>599</sup> “A privilege exists where the privilege-holder is neither compelled nor restrained from acting in a certain way; *he is free to carry out his wishes* without the interference of another”. CLAYTON THOMPSON, Jack, “The Rights Network: 100 Years of the Hohfeldian Rights Analytic”, *Laws*, 2018 7, 28, 1-18, aquí 4. (Destacado mío).

trata de un derecho (es integrante de esa familia), pero de un derecho como privilegio, es decir se trata de un derecho de menor intensidad. Todo lo cual coincide, de nuevo, con nuestra propuesta.

En su traducción de Hohfeld, Carrió los denomina un *privilegio o una libertad* para uno, y un *no derecho* (de oposición, de impedir) para el otro. Pero es importante recordar que un privilegio no deja de ser un derecho. *Un privilegio es un derecho*, tanto que la literatura Hohfeldiana los llama *privilege right* or *liberty right*.<sup>600</sup> Personalmente, prefiero entonces llamarlos *derecho como privilegio* o *derecho como libertad* o, también, *derecho medio*, para distinguirlo del derecho fuerte: es decir, de aquel derecho como pretensión (del *claim right*).

Otros ejemplos que encuentro en la bibliografía y que quiero aprovechar, son los siguientes:

El derecho de sentarse o de no hacerlo en una butaca vacía del cine o de pintar o no tu propio dormitorio de verde loro, son también ejemplos de derechos como privilegio o como libertad. También las licencias parecen buenos ejemplos. Una licencia (para conducir, o para llevar adelante una cirugía) confiere a su titular el derecho como privilegio o como libertad, de ejercitar esa actividad bajo las normas de la licencia respectiva. Y también el de no ejercitarla si no se quiere<sup>601</sup>. Mis directores de tesis, tienen el *derecho como privilegio* de rechazar lo que yo escriba o de aceptarlo. *No tienen el deber* de aceptarlo o de rechazarlo. Pueden hacerlo, además, parcial o totalmente, resignada o enfáticamente, etc. (Y, a pesar de que es lo que probablemente ocurra, yo no tengo derecho a oponerme...).

Hohfeld, señala que el *derecho a declarar* o a no hacerlo en sede criminal es un derecho como privilegio. Puedes hacerlo o no (no tienes el deber de declarar), y el funcionario tiene el “*no derecho*” de impedirlo (no tiene derecho de impedir que declares si así lo quieres, ni a obligarte a hacerlo si te niegas). Agrego yo, en relación a esto último, que el “*nemo tenetur contraese*” (nadie puede ser compelido, obligado a declarar contra sí mismo) es *un derecho como pretensión (a claim right)*, es un derecho bien fuerte... (lo que prueba que un *claim right* también puede ser un *privilege right*, pero no al revés).

Finalmente, y para ilustrar esta problemática cuestión del derecho como privilegio, trataré un caso paradigmático de derecho como libertad o como privilegio: se trata del derecho a la libre expresión (*the freedom of speech right*).

---

<sup>600</sup> Ver STANFORD ENCYCLOPAEDIA OF PHILOSOPHY, “The Form of Rights: The Hohfeldian Analytical System, *Rights* section 2.1”, <https://plato.stanford.edu/entries/rights/#2.1> y CLAYTON THOMPSON, “The Rights Network...”, 4-5.

<sup>601</sup> STANFORD ENCYCLOPAEDIA OF PHILOSOPHY, “The Form of Rights: The Hohfeldian Analytical System”, cit.

Este derecho fundamental que reconoce la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, se interpreta muy mayoritariamente en los tribunales y en la bibliografía norteamericana como un derecho como libertad o como un derecho como privilegio. Así, “en tanto la acción de quemar una bandera está comprendida en la libertad de expresión, *A* tiene el privilegio de quemar una bandera”.<sup>602</sup> Pero el derecho a la libertad de expresión, según la literatura norteamericana y según su Corte Suprema, es un derecho en contra de la interferencia (una libertad negativa), sobre todo de la del Estado. Un derecho como privilegio o como libertad en términos del lenguaje Hohfeldiano. No se trata de un derecho fuerte, o de un derecho como pretensión. Si yo quiero decir algo, tengo el derecho a hacerlo (a expresarlo), ¡pero eso no me da también un derecho a tener una plataforma para expresarme o a una audiencia que me escuche! El derecho fundamental a la libre expresión es el derecho del hablante a hablar a aquel que quiera escuchar, pero sólo con los medios de los que dispone el propio hablante<sup>603</sup>. Es una libertad negativa, es decir que se alza en contra de la interferencia en mis ámbitos de libertad, tanto del Estado como de los particulares (como lo es también el *nemimen laedere*). Pero ambos se reconocen como un derecho como privilegio o como libertad (*a privilege right* o *a liberty right*), no como un derecho como pretensión (*a claim right*).

Finalmente, existe otra precisión que me parece útil o necesario hacer. Los derechos positivos (*positive rights*) son aquellos en los que existe la posibilidad de un reclamo (*a claim right*) hacia el Estado o hacia un tercero para que me provea precisamente de aquello que mi derecho garantiza. Así, un derecho positivo al abrigo o al cobijo (*a right for shelter*), por ejemplo, sería el derecho a que el Estado me brinde una vivienda, y, a la vez, estos derechos portan o habilitan un reclamo (si se lo ejerce) para que el Estado me provea de esa vivienda. Lo mismo puede decirse de los derechos al cuidado de la salud o a la subsistencia.<sup>604</sup>

Bajo esta condición de derecho positivo, el derecho a la libre expresión sería un derecho positivo a hablar o a expresarme, *más* la correspondiente obligación del Estado de proveerme de la oportunidad y de los recursos para hacerlo. Pero lo cierto es que “esta consideración del derecho a la libre expresión como un derecho positivo, está enteramente

---

<sup>602</sup> NYQUIST, 239.

<sup>603</sup> SCHAUER, Frederick, “Hohfeld’s First Amendment”, *The George Washington Law Review*, June 2008, vol. 76 No. 4, 914 a 932. Aquí, 916.

<sup>604</sup> SCHAUER, 916 y 917. Volveré sobre esta cuestión *infra* en la Parte Sexta.

ausente de la doctrina constitucional y de los autores norteamericanos”.<sup>605</sup> El *freedom of speech* es entonces un *privilege or liberty right* no un *claim right*.

Veamos, sin más, cómo trasladamos todo esto al objeto de nuestros desvelos, los derechos y los deberes que surgen de las situaciones de necesidad.

En el concreto supuesto de relación intersubjetiva que constituyen las situaciones de necesidad que derivan en la estructura de ***estado de necesidad defensivo***, si el peligro surge de la esfera individual de un sujeto, éste sujeto ha violado su deber negativo (*neminem laedere*) respecto del afectado por el peligro. Su conducta crea un peligro para otro, y le priva a él mismo del derecho de impedir su reacción defensiva si es que aquel decide emprenderla.<sup>606</sup> Del otro lado, podemos decir que nace, para el sujeto en peligro, el derecho (sólo si así lo decide o elige) de procurar una salida a la situación en la que se lo ha colocado. *Pero al ser ese derecho más débil, limitado por consideraciones de proporcionalidad, y al tener también el necesitado la opción (libre) de soportar el mal sin plantear el conflicto o, todavía una segunda opción (aunque mucho más limitada y muy condicionada) de desplazar el mal hacia la esfera de un tercero inocente*, lo indicado resulta ubicar esta relación en la dualidad ***derecho como privilegio (libertad) - no derecho***. Es decir, ***derecho como privilegio o como libertad*** del necesitado y ***no derecho*** del responsable (preferente) por el peligro. El primero (el necesitado) podrá, si así lo elige, accionar contra la fuente de peligro y el responsable por ella no podrá, “no tendrá derecho” (si el necesitado escoge la opción defensiva) a oponerse a esa reacción y tampoco un tercero a impedirlo.<sup>607</sup>

Por otro lado, y si no voy errado, en un *claim right*, la expectativa social parece ser el aseguramiento activo de ese derecho fuerte de parte de aquel que lo encuentra amenazado. Como vimos, un *claim right* es también un *positive right*. No sólo tengo el derecho de salvaguarda frente al peligro sino que el Estado debe proveerme de lo necesario para que pueda realizarlo. En situación de legítima defensa, el Estado no está para salvarme de la situación de peligro. Pero si estuviera, o si aparece, tengo el derecho fuerte (*un claim right*) a que me sustituya en la defensa de mi esfera de libertad amenazada.

---

<sup>605</sup> SCHAUER, 917.

<sup>606</sup> Si el *cuasi agresor* se opone, será sancionado con pena, cierto es.

<sup>607</sup> Lo que la ley prevé es el auxilio necesario o el socorro de un tercero al que se encuentra en peligro, no una ayuda a quien, de algún modo, es responsable de esa situación de peligro.

En un *privilege or liberty right*, en cambio, la expectativa social es distinta: “puedes asegurarlo –actuando defensivamente– si así lo eliges. Pero no estamos esperando a que reacciones, y si decides o eliges no hacerlo, también nos conformamos con ello”.<sup>608</sup>

Como veremos más adelante, creo que existen muy buenas razones (razones fuertes), y más propias de un ordenamiento jurídico penal de signo liberal, para que el necesitado (si no escoge libremente la primera opción que tiene, que es la de soportar el peligro que sobre él se cierne) emprenda la salida que la ley habilita en forma defensiva, es decir **reaccionando** contra la fuente de peligro que amenaza, antes que la agresiva, es decir antes de desplazar el peligro accionando hacia un ámbito distinto de aquel en el que el conflicto se planteó (contra un tercero inocente). Es decir, lo que sostengo aquí es que existen muy buenas razones, para que haga un uso positivo de ese “privilegio” o de esa “libertad” y que elija o bien soportar lo que le ha tocado, o bien **reaccionar** frente al responsable del peligro, **antes de accionar** ofensiva y típicamente contra la esfera de libertad de un tercero inocente y absolutamente extraño al peligro que al necesitado amenaza. En fin: que el estado de necesidad agresivo es siempre excepcional y subsidiario. Y que es también subsidiario del estado de necesidad defensivo.

**iii) Cuando Hohfeld dice que “A tiene el derecho como potestad (o como facultad) de hacer X” ello significa que B está sujeto a la acción de A”. Estos casos agrupan supuestos en los que existe un cambio en la relación jurídica entre ambos sujetos, “producida por A y habilitada para A en esa situación concreta”.<sup>609</sup>**

A este segundo grupo (derecho como potestad o facultad para uno y deber de sujeción para el otro) se lo denomina en doctrina *normas de competencia*, que son aquellas que definen válidamente normas jurídicas o que participan válidamente en su producción. En este género se incluyen normas que atribuyen a determinados sujetos la competencia de producir otras

---

<sup>608</sup> Mir Puig, con otro sentido, hace una distinción que parece darme la razón. Es cuando se refiere a la diferencia entre la colisión de deberes justificante y el estado de necesidad: “(se da un supuesto) de colisión de deberes... cuando para cumplir un deber es necesario infringir otro. La doctrina la considera una manifestación particular del estado de necesidad. Pero lo peculiar de la colisión de deberes es que el sujeto debe actuar u omitir, a diferencia de lo que sucede en los demás casos de estado de necesidad, en los cuales se faculta (pero no se obliga) al agente a efectuar la lesión del bien jurídico” (MIR PUIG, DPPG, 10ma., 464-465). Destacados míos.

<sup>609</sup> “A person with a power is able to change a legal relation of another (who is under a liability)” (NYQUIST, 240).



normas en determinado ámbito material de regulación y también aquellas que definen las condiciones para el ejercicio de esa competencia.<sup>610</sup>

Estas normas de competencia, o de segundo grupo, pueden alterar o modificar las relaciones del primer grupo (derechos-deberes / privilegios-no derechos).<sup>611</sup> Así, mientras los conceptos del primer grupo (derecho-deber / privilegio-no derecho) se refieren a acciones en general, este segundo grupo, por ejemplo, *derecho como potestad o facultad* se refiere a acciones normativas, esto es a acciones que están previstas en normas jurídicas como antecedente para la producción de ciertos efectos normativos.

Así “*A tiene una potestad o facultad si y sólo si A tiene la competencia para modificar sus relaciones jurídicas o su propia posición jurídica (derecho subjetivo) y también la de terceros*”.

Por ejemplo:<sup>612</sup> “el capitán del barco tiene el *derecho como potestad o como facultad* de ordenar a un oficial que friegue el piso de la cubierta. Ejerciendo esa potestad (o esa facultad) el capitán del barco modifica la situación normativa del oficial: le impone un nuevo deber y, de ese modo, anula su privilegio anterior (el de no fregar el piso de la cubierta)”. “Un vecino renuncia a su derecho como pretensión (*claim right*) de que yo no entre en su casa cuando me invita a ir a su casa, y por tanto, me otorga o concede el privilegio correspondiente (el de entrar en su casa)”.

Las acciones de ordenar, renunciar, sentenciar, consentir, vender, disponer o asistir, son todos ejemplos de maneras en las cuales el titular de un derecho o de un privilegio ejerce su potestad o facultad de alterar o modificar las posiciones iniciales propias y *vis a vis* los terceros.<sup>613</sup>

La potestad o facultad no sólo puede alterar los derechos de primer grado (derecho como pretensión y derecho como privilegio o como libertad) sino también los de segundo grado (otras potestades o inmunidades). Por ejemplo: “un almirante tiene el derecho como potestad o como facultad, de relevar al capitán de un barco de su derecho como potestad o como facultad de comandar ese barco”.

---

<sup>610</sup> ARRIAGADA, María Beatriz, *Conceptos jurídicos de derecho subjetivo*, ”, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, Nro. 11, 152-162, aquí 155 y 156.

<sup>611</sup> “Power is the incident that enable agents to alter primary rules” (STANFORD ENCYCLOPAEDIA).

<sup>612</sup> Los ejemplos que siguen en STANFORD ENCYCLOPAEDIA OF PHILOSOPHY, “The Form of Rights: The Hohfeldian Analytical System”.

<sup>613</sup> *Ibidem*.

También son casos de derecho como potestad o como facultad el del apoderado respecto de su mandante o los de cualquier funcionario en el ámbito de su competencia.<sup>614</sup>

Hohfeld lo ejemplifica así: “Si un sujeto A es propietario de la cosa X, tiene el derecho como potestad o como facultad de enajenarla o abandonarla y B está sujeto a esa decisión”. Ciertamente es que el ejemplo no nos ayuda mucho porque B, en el caso, o no tiene nada que decir acerca de las facultades que el propietario de la cosa puede libremente ejercer respecto de ella, o tendrá un interés muy débil (por ejemplo, el interés o la intención de comprársela, pero sin que tenga un derecho fuerte o un derecho como privilegio a hacerlo con preferencia de cualquier otro). Pero la cuestión no pierde interés por esto.

Veamos otros ejemplos que estimo más claros y útiles a nuestros fines: “El estado de Massachusetts tiene el derecho como potestad (o como facultad) de convocarme como jurado para un juicio (pero únicamente) si es que vivo en Massachusetts (para ello –sólo- debe seguir el procedimiento previsto por la ley de convocatoria a jurados)”.<sup>615</sup>

Dicen Oronescu y Rodríguez que “una persona tiene una potestad jurídica cuando su conducta es una condición, prevista en una norma jurídica, para la producción de cierto efecto normativo. Un testamento, un contrato, una ley no son hechos brutos sino *hechos institucionales* (Searle) esto es, se trata de una cierta interpretación de un hecho o de un conjunto de hechos *en un contexto determinado y a partir de ciertas reglas*”.<sup>616</sup> Y siguen: “... en palabras de Hart: las reglas del tipo que confieren *potestades*, aunque distintas de las que imponen deberes y tienen por ello cierta analogía con las órdenes respaldadas por amenazas, están siempre relacionadas con tales reglas generales del último tipo o para imponer deberes particulares que, de otra manera, no estarían sometidos a ellos”. Esa potestad para que un sujeto produzca o modifique situaciones o posiciones jurídicas de otro, no resulta de una única norma, sino de un sistema de normas, a veces simple, a veces más complejo.

Así, para atribuir un derecho como facultad o como potestad a un sujeto (que antes no la tenía) se necesitan, por lo menos, dos reglas: a) una regla conceptual que establezca un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para el surgimiento de una instancia válida

---

<sup>614</sup> NINO, *Introducción...*, 222 utiliza la palabra “*competencia*” en lugar de potestad. “... Capacidad para obligar a otras personas”.

<sup>615</sup> Ejemplo de NYQUIST, 239. Joseph Singer define *potestad* de este modo: “powers are state enforced abilities to change legal entitlements held by oneself or others” (SINGER, Joseph, “The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld”, 1982, *Wis. L. Rev.* 975, 1056-1059).

<sup>616</sup> ORONESCU, Claudina y RODRÍGUEZ, Jorge, “Una revisión de la teoría de los conceptos básicos”, *Revus (online)*, 36 /2018, <http://journals.openedition.org/revus/4481>; DOI: 10.4000/revus.4481, 12.

*de cierto predicado jurídico* (contrato, matrimonio, testamento), conjunto entre cuyos elementos se contará la segunda regla: b) *un cierta acción X de A*.

En otras palabras, “*un individuo A producirá una instancia válida de un cierto predicado jurídico P si y sólo si cumple con la totalidad de las condiciones necesarias y suficientes establecidas para ello en una regla determinativa, condiciones entre las cuales se cuenta cierta acción X de A*”.<sup>617</sup>

En segundo lugar, se requiere de una norma (prescripción) que establezca los efectos jurídicos de todas las instancias válidas del predicado jurídico en cuestión. En otras palabras, si una conducta constituye una instancia válida de cierto predicado jurídico, resultará obligatoria (o permitida, o prohibida) cierta conducta o conductas de un agente, ya se trate del mismo titular de la potestad o de otro diferente.<sup>618</sup>

Veamos si esta *dualidad derecho como potestad o derecho como facultad – y deber de sujeción*, resultan aplicables a alguno de los integrantes de la tríada de situaciones de necesidad justificantes. En concreto, a la *situación de necesidad agresiva* (que constituye el objeto de nuestros *mayores* desvelos).

Resulta evidente, a partir de la regla del deber de auxilio o de socorro del art. 108 del CPA y del deber de tolerancia de la acción de salvaguarda del tercero inocente en situación de estado de necesidad agresivo, que el sistema jurídico concede, de un lado, la expectativa jurídica de salvamento a quien se encuentre en una situación de peligro (que será un deber de socorro activo para quien encuentra a otro en peligro) y, para el sujeto necesitado en situación de estado de necesidad agresivo, el *permiso* de injerirse lesivamente en la esfera de derechos de un tercero inocente para, de ese modo, salvarse de un mal que lo amenaza. Es decir, respecto de estos últimos supuestos, *el permiso* de producir cierta instancia válida de un cierto predicado jurídico: “la acción típica de A que acciona contra el tercero inocente B... *está justificada*”. Pero esa conducta sólo se validará si, y sólo si, concurren en el caso, el conjunto de condiciones necesarias y suficientes establecidas por una regla determinativa. Y he aquí la cuestión, aquí viene lo más relevante:

*¿Cuales serán esas condiciones necesarias y suficientes para que un sujeto pueda desplazar el mal que a él le tocó a un tercero inocente?*

---

<sup>617</sup> ORONESCU Y RODRÍGUEZ, op. y loc. cit.

<sup>618</sup> ORONESCU Y RODRÍGUEZ, 12 y 13.

Entiendo que esas condiciones necesarias y suficientes para que un sujeto pueda desplazar el mal que a él le tocó a un tercero inocente con daño a éste, son todas las siguientes:

a) **El requisito de la necesidad o de la subsidiariedad** que integra la situación de necesidad. Es decir que el necesitado se encuentre ante un conflicto representado por un mal (peligro) que lo amenaza y que no le deja otra alternativa para evitarlo que la lesión típica de un tercero inocente. Ello implica la concurrencia de las siguientes condiciones:

**a.1. Que no exista un responsable por ese peligro que amenaza.** Porque si existe, resulta éste (el responsable pleno o preferente por el peligro) el candidato primero (preferido o preferente) para soportar la reacción del sujeto necesitado (y, además, si existe un responsable primario también existirá una alternativa que no convertirá la acción lesiva contra el tercero inocente en la única opción posible). O,

**a.2. Que, si existe un responsable NO SEA POSIBLE actuar (reaccionar defensivamente) contra él** (porque no está presente, o porque la reacción se muestra insuficiente o ineficaz para evitar el mal que amenaza).

**a.3. Que se requiera, SI ES POSIBLE, consentimiento previo:** Que el necesitado, antes de accionar contra el inocente, pida, si puede, la ayuda o la prestación que se le demanda. Y de ser negativa la respuesta, que no exista/n otro/s a quien/es solicitarla o una alternativa distinta a la emergencia (el taxi o la ambulancia en el ejemplo de Rigoberto, el accidentado). Si alguna de estas condiciones falta, no habrá necesidad. Requisito fundamental de la eximente.

b) **Que exista una diferencia esencial de males:** Que la diferencia entre el mal que se evita y el mal que se causa al tercero inocente sea, ¡y parezca!, sustancial.

c) **Que no se superen los límites que imponen la autonomía y la dignidad:** es decir que esa injerencia lesiva en la esfera de libertad del tercero inocente de ningún modo comprometa o amenace la propia existencia, sus derechos fundamentales o aquello que ese tercero considere *ex ante*, que resulta especialmente valioso o importante para su propio plan de vida (“para su propia biografía”, en términos de Pawlik o para el “uso expresivo de su libertad” en términos de López Sastre).

d) **Que, ex post, siempre se resarza el daño:** Que, en cualquier caso, si se acciona contra el tercero inocente, se lo indemnice por los daños que se le causan. Y, que *ex*

*ante*, el necesitado tenga claro que él mismo (o alguien) deberá resarcir el daño que causa por salvarse del peligro.<sup>619</sup>

Si todas y cada una de esas condiciones concurren en el caso, el necesitado tendrá un derecho, pero sólo un *derecho como potestad o como facultad* de modificar la relación jurídica que lo vincula con el tercero inocente (que hasta entonces viene o está regida exclusivamente por el deber negativo de no injerencia en su esfera de derechos y de libertad) y, por tanto, *el permiso* de afectarlo lesivamente.

De parte del tercero inocente, si todas esas condiciones concurren en el caso, quedará (o estará) *sujeto* a esa decisión del necesitado *sin derecho* de oponerse a la acción que contra él se emprende.

Si una sola de esas condiciones no se cumple, el necesitado no tendrá derecho como potestad o como facultad (ni ningún otro), de injerencia en la esfera ajena, y el inocente sí tendrá el derecho (y un derecho “fuerte” o “medio”) a la legítima defensa o al estado de necesidad defensivo, ya que la acción del necesitado en contra de su esfera de libertad estará desprovista de legitimidad.

iv) Finalmente, una persona que tiene un *derecho como inmunidad*, no puede ver modificada su relación particular con los otros (que son *incompetentes* para hacerlo). “Tengo un *derecho como inmunidad* respecto a la posibilidad de ser convocado como jurado por el Estado de Rhode Island, porque vivo en Massachusetts”<sup>620</sup>

Estoy convencido de que este esquema de correlativos que presenta Hohfeld, es el que mejor explica los derechos y deberes de cada uno de los involucrados en una situación de necesidad y la que asegura una mejor respuesta en su sistema jurídico (penal) de aseguramiento de las esferas de libertad.<sup>621</sup>

---

<sup>619</sup> Ya lo advertía, hace tiempo, Nino: “la justificación no implica una permisividad absoluta de modo que carezca de todo efecto jurídico como puede ser la obligación de indemnizar los daños producidos. Tal vez puede ocurrir que la reparación de esos daños sea una condición de algunas justificaciones penales” (NINO, *Legítima defensa...*, 41). Sobre la obligación de reparar el daño en estado de necesidad agresivo, ver *infra* Capítulo XV punto 2.4.

<sup>620</sup> NYQUIST, 240.

<sup>621</sup> Interesante resulta destacar, que ninguna de las modalidades activas se excluyen entre sí (tampoco necesariamente las pasivas). Carrió lo explica de este modo: “Decir que A es propietario de la cosa Z, implica decir que frente a todos los demás miembros de la comunidad, A tiene “derechos”, el de uso de Z, y además respecto de cualquiera de los miembros de la comunidad, digamos B, el derecho de que éste no lo use. Asimismo, B tiene el deber de no usarlo y el de tolerar el uso que de Z haga su propietario (en tanto no viole con su uso derechos de terceros). A tiene frente a B el privilegio (la libertad) de usarlo, y B el “no derecho” a ello. A tiene la potestad frente a B, y frente a todos, de enajenarlo, y tiene también la inmunidad frente a todos, también frente a B, de que éste o cualquier otro, no puedan enajenar o abandonar Z. Sin embargo, A puede limitar sus propios derechos, privilegios, potestades, inmunidades en relación a su propiedad Z. Arrendarlo a B, otorgándole su uso, o constituir una servidumbre de paso a su favor, si de un fundo se tratara. (Carrió, “Nota Preliminar, 15).

## 2.2. La tabla de los opuestos y sus relaciones:

Veamos ahora la segunda tabla de Hohfeld. La *tabla de los opuestos*. En ella “cada modalidad activa (de la familia derechos) es presentada en conexión con aquella modalidad pasiva (de la familia deberes) pero que, en lugar de complementarla, *se le opone* como contradictoria *en cabeza del mismo sujeto*.”<sup>622</sup>

|                           |                                                                    |                                                                                     |                                                              |                                     |
|---------------------------|--------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|-------------------------------------|
| <b>Opuestos jurídicos</b> | Derecho como pretensión (derecho subjetivo) ( <i>claim right</i> ) | Derecho como privilegio o como libertad ( <i>privilege right or liberty right</i> ) | Derecho como potestad o como facultad ( <i>power right</i> ) | Inmunidad ( <i>Immunity right</i> ) |
|                           | No derecho ( <i>no right</i> )                                     | Deber ( <i>duty</i> )                                                               | Incompetencia ( <i>Incompetence</i> )                        | Sujeción ( <i>liability</i> )       |

Como vimos, yo tengo un *derecho fuerte o un derecho como pretensión (a claim right)* frente a alguien cuando esa persona tiene un *deber (a duty)* frente a nosotros. Pero cuando yo no tengo ese derecho como pretensión, se puede calificar a mi situación como un *no derecho* (a falta de expresión mejor).

En situación de legítima defensa, el necesitado (el agredido) tendrá un derecho fuerte, un derecho como pretensión (*a claim right*) de salvaguarda mediante la injerencia (máxima) en la esfera de libertad del sujeto que resulta plenamente competente por el peligro. Si la situación, o los presupuestos, que habilitan la acción defensiva frente a la agresión de un sujeto no concurren, el necesitado no tendrá derecho (tendrá un no derecho, *no right*) a ejercer su defensa.

Del lado del sujeto que ha ocasionado dolosamente el peligro a la esfera de derechos de otro (el sujeto *responsable pleno* por el peligro) en un mal uso de su libertad de organización, será plenamente responsable por ese peligro (principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador) y tendrá un *no derecho* a oponerse a la defensa *y el deber* (máximo) de soportar el daño en los términos que la ley dispone (defensa racional).

Tengo, como vimos, un *derecho como privilegio* (o como libertad) frente a alguien, cuando el otro está en situación correlativa de *no-derecho* frente a mí (tengo el privilegio de

<sup>622</sup> CARRIÓ, “Nota Preliminar...”, 14 y tablas de Hohfeld en página 47.

entrar en un inmueble cuando nadie -y tampoco “B”- tiene el derecho de impedirme entrar). Pero el opuesto de la situación de *derecho como privilegio (o como libertad)* es el *deber* (si alguien *no tiene el derecho como privilegio* de entrar, en un inmueble es porque, esa misma persona, tiene el *deber de no entrar*). Pero si no tengo el derecho como privilegio o como libertad de lesionarte, o de dañarte, es porque tengo el deber de no hacerlo (*nemimen laedere*).

“A tiene un derecho como privilegio-libertad de hacer o de no hacer X si y sólo si A no tiene el deber de hacer o de no hacer X”. Así, A tiene el derecho como privilegio (o como libertad) de recoger un caracol (*a shell*) que encuentra en la playa. Mediante la acción de recoger el caracol en la playa, A no estará violando ningún deber y tendrá el privilegio o la libertad de recogerlo, o no.<sup>623</sup>

El necesitado que decide reaccionar defensivamente tiene el derecho como privilegio de emprender su acción de salvaguarda contra la fuente de peligro que lo amenaza. El responsable por ese peligro (sujeto responsable preferente por el peligro), no tendrá derecho a la defensa frente a mi reacción. Lo habrá perdido merced a i) que ha hecho un mal uso de su libertad: ha infraccionado el deber negativo de no afectar a otro (*neminem laedere*), ocasionando un peligro a un tercero (principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador que originó un riesgo a un tercero) y ii) porque el amenazado por ese peligro ha tomado (libremente) la decisión de enfrentarlo en uso de su competencia para decidir y definir lo que él mismo considera mejor para su persona, bienes o derechos (principio de autodefinición de intereses propios).

El responsable preferente por el peligro tendrá el deber de soportar la defensa que el necesitado emprende. El necesitado, tendrá el derecho como privilegio de enfrentarlo o de no hacerlo. No será, de su lado, un deber. Será su decisión libre la de emprender o no ese curso de acción a la que el derecho como privilegio lo habilita y que todos deberán respetar.

Por último, si alguien tiene un *derecho como potestad o como facultad jurídica* frente a otro, ese otro está en la situación correlativa de sujeción jurídica frente al primero. El *opuesto de la potestad* es una situación de *incompetencia* (o sea que quien no puede modificar ciertas relaciones jurídicas no tiene competencia a ese respecto).<sup>624</sup>

En situación de estado de necesidad agresivo, el necesitado tendrá el derecho como facultad o como potestad de salvaguarda de la situación de peligro en forma de acción frente a un tercero inocente. Pero sólo tendrá la potestad o la facultad de modificar la situación inicial

---

<sup>623</sup> STANFORD ENCYCLOPAEDIA OF PHILOSOPHY, “The Form of Rights: The Hohfeldian Analytical System”.

<sup>624</sup> Ver HOHFELD, 47 y ss. y NINO, *Introducción...*, 207 a 209.

de prohibición de injerencia (el principio del *neminem laedere*) en tanto cumpla con las condiciones necesarias y suficientes para injerirse lesivamente en el plan de vida del tercero inocente.

Para el necesitado será un derecho como facultad o potestad, es decir tendrá la competencia de modificar la relación jurídica que hasta entonces lo vincula con el tercero (separación de esferas de autonomía, deber positivo de respeto y deber negativo de no interferencia), en la medida, insisto, en que las todas condiciones que lo habilitan a modificar esa relación jurídica se verifiquen. De lo contrario, será incompetente para hacerlo (para modificar esa situación o relación inicial).

El tercero inocente, verificadas esas condiciones, no tendrá un derecho de defensa ni de oposición, ni como *claim right* ni como *privilege right*. Ese derecho como facultad o como potestad del necesitado ha modificado la relación inicial de separación de esferas de autonomía. Será incompetente para ejercer su defensa y quedará obligado a soportar la lesión (deber de tolerarla).

Si el tercero inocente se opone a la acción de salvaguarda legítima (la enfrenta) responderá por el delito de omisión de socorro (omisión pura del art. 108 del CPA) sólo en tanto el peligro para el necesitado sea contra su vida o contra su integridad física (que son los supuestos del art 108 del CPA). Si no lo son, no responderá.

La razón es que en supuestos de necesidad agresiva, y si es que el sujeto en peligro (necesitado) consigue convertir o transformar su *deber fuerte* de no injerencia en la esfera del inocente en un *derecho muy débil* (merced a que reúne todas las condiciones necesarias y suficientes para hacerlo), sólo podrá exigir el aporte o la entrega del otro si su vida o su integridad corren peligro (esto es su propia autonomía relevante y su dignidad de persona limitadas por la ley, en esos supuestos, a la vida y a la integridad física). Los demás casos quedan excluidos del auxilio obligatorio y reservados a la prestación, aporte o dación voluntarios.

Finalmente, uno tiene *inmunidad* frente a otro, cuando ese otro está en la situación correlativa de *incompetencia* para alterar su *status jurídico* (el propietario de una casa frente a un tercero que quiera vender la casa). A su vez, la inmunidad implica, como opuesto, la *ausencia de sujeción*.



### 3. Dos propuestas complementarias: Nino y Silva.

#### 3.1. La propuesta de Carlos Nino:

Cuando NINO trabaja con la noción de *deber*<sup>625</sup>, pasa revista a la opinión de Hart que se aparta de las tesis subjetivistas (“sólo hay deber cuando uno cree que puede ser sancionado, cuando existe una probabilidad de sufrir un mal”) y sostiene que lo decisivo para el reconocimiento de un deber es la existencia de *ciertas reglas* que permiten enjuiciar la conducta del individuo obligado. Cuando se dice que *A está obligado*, se está aplicando una norma general a ese individuo particular destacándose que su caso está contenido en esa norma. Si el asaltante me exige la entrega del dinero no puede decirse que tengo el deber de entregárselo. Sí, acaso, que fui obligado a hacerlo por coacción.

Según Hart sólo puede hablarse de que existe una *regla social* cuando *se da una conducta regular y cuando se toma esa conducta como modelo de comportamiento, de modo de elogiar la conformidad con aquella y criticar sus desviaciones*.

Para Kelsen, en cambio, deber jurídico es lo opuesto al acto antijurídico. Es decir, que no hay deber jurídico si no existe una sanción para la conducta opuesta. Pero lo cierto, señala Nino muy en sintonía con la propuesta Hohfeldiana, es que los juristas hablan de *deberes* para referirse a una multiplicidad de situaciones en muchas de las cuales no están previstas sanciones. Es decir que resulta preciso extender la aplicación del término *deber* a otras conductas tal como lo hace el uso común de la palabra y, con ello, reconocer otros tipos de conductas además de las que establecen sanciones.

Cuando Nino se refiere al concepto de *derecho subjetivo* (es decir a la situación particular en la que se encuentra una persona, o un conjunto de personas, en relación al derecho objetivo –al sistema de normas general del derecho civil, comercial, penal por ejemplo-), dice que los llamados *derechos individuales* son primordialmente *derechos morales*, derechos que la gente tiene independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país. Esos derechos están dirigidos a los órganos estatales e implican el deber moral de reconocerlos dictando normas que los reconozcan y que no los restrinjan.<sup>626</sup>

Ahora bien, señala Nino, en lo que más interesa a mis fines, esto es en cuanto a los *usos* que de la palabra derecho se hacen, ellos son muchos y variados. Se habla de:

a) **“derecho como equivalente a lo no prohibido”** (“tengo derecho a vestirme como quiera”), eso quiere decir que no existe una norma que sancione la conducta contraria. Pero es

---

<sup>625</sup> NINO, *Introducción...*, 190 a 195.

<sup>626</sup> NINO, *Introducción...*, 196 y 197.

perfectamente posible que exista un sistema normativo que no contenga una prohibición expresa para cierto tipo de conductas y no se pueda derivar de ello una permisión. Como sabemos, Kelsen rechaza la existencia de esta supuesta laguna, aludiendo al *principio de clausura* (todo lo que no está prohibido está permitido). Pero, objeta NINO, si “derecho subjetivo” se utilizara como aquello *no prohibido* habría que admitir que su significado se limita a eso, que tenemos derecho a fumar, a sentarnos en un banco, a vestirnos como queramos, pero no por ejemplo, que los demás están obligados a dejarnos hacerlas o que deben ayudarnos a ejecutarlas. Por ello, ese sentido (ausencia de norma prohibitiva) tiene muy poco uso en el lenguaje común y jurídico.<sup>627</sup>

**b) Se usa también la palabra “derecho, como autorización”** (el profesor me dio derecho a interrumpir la clase; tengo derecho a inspeccionar la fábrica). Kelsen termina aceptando la existencia en el sistema de normas permisivas (por lo que, entonces, no toda norma tiene un carácter prohibitivo...). Von Wright al relacionar el sentido del término *derecho subjetivo* con el término más genérico de *permiso*, distingue la existencia de *permisos fuertes* (que dependen de la existencia de una norma que autoriza un cierto comportamiento) y *permiso débil* (indica la mera ausencia de prohibición). Que “*se tolerará*” un acto quiere decir no sólo que se tiene la intención de no interferir (las declaraciones de intención no son normas), sino que *se promete no interferir* en la ejecución de ese acto.<sup>628</sup>

**c) También se utiliza la palabra “derecho, como correlato de una obligación activa”**: Juan tiene derecho a que su deudor le pague; el Estado tiene derecho a percibir los impuestos<sup>629</sup> y,

**d) “Derecho, como correlato de una obligación pasiva”** (tengo derecho a descansar con tranquilidad). Es decir que aquí el derecho no es el correlato de una obligación de hacer sino de una de no hacer o de omitir. Kelsen distingue en este grupo de deberes u obligaciones pasivas (lo mismo vale para las activas) a los **relativos** y a los **absolutos**. *Derechos absolutos* (y *deberes absolutos*) son los que se relaciona con el deber de todos (el derecho a descansar es absoluto), *los relativos*, con una persona o con un grupo de personas (tengo derecho a que el vecino no levante una pared).<sup>630</sup>

El sistema que Nino, es perfectamente compatible con el que propone Hohfeld. Y le suma condimentos que resultan de interés a mis fines: la idea de derecho fuerte y de derecho

---

<sup>627</sup> NINO, *Introducción...*, 199 a 201.

<sup>628</sup> NINO, *Introducción...*, 201 y 202.

<sup>629</sup> NINO, *Introducción...*, 202 y 203.

<sup>630</sup> NINO, *Introducción...*, 202 a 204.

débil, de permisos fuertes y débiles, de derechos absolutos y relativos y la correlación siempre existente (y en el mismo grado) entre unos y los otros.

### 3.2. La distinción de Jesús Silva:

Como ya lo hemos visto<sup>631</sup>, Jesús Silva presentó en su tesis doctoral de 1986 una clasificación de la atribución de títulos de competencia por el riesgo que, creo, puede ser de provecho para las distinciones que, de la mano de Hohfeld, de Carrió y de Nino, quiero hacer aquí.

Así, como ya tuvimos ocasión de examinar, Silva explica que *existen tres títulos de atribución de competencia con respecto a un riesgo: la competencia plena, la competencia preferente y la competencia mínima*.

Tiene una **competencia plena** (máxima) quien ha realizado un acto de organización *fuerte* con respecto a ese riesgo expresivo de una máxima libertad de organización. Se agrupan aquí la acción del agresor en estructura de legítima defensa (cuestionadora plena o máxima de la esfera de libertad ajena) y su consecuente **deber máximo de tolerar** la acción defensiva (**derecho de salvaguarda amplio**).

Tiene **competencia preferente** (o media) quien, en relación con ese peligro, tiene un vínculo organizativo *más débil* o *un vínculo institucional*. Entran en este grupo, los peligros derivados de personas que actúan de manera imprudente y cuestionan también, con ello, la esfera de libertad ajena. Por ello tienen un **deber de tolerancia medio** (menor al de quien cuestiona de forma plena o máxima la libertad ajena) y, el necesitado, una **capacidad de respuesta (derecho de salvaguarda) proporcionado**. Entran en este grupo, en lo que aquí interesa, los supuestos de estado de necesidad defensivo.

Finalmente, tiene **competencia mínima** quien sólo está vinculado con ese riesgo por *deberes positivos generales* (derivados de la libertad mínima: de la participación en la vida social), como el deber de socorro. Se trata, por ejemplo, del necesitado que apela a la facultad de salvaguarda en situación de necesidad agresiva y del tercero inocente o extraño que sufre la injerencia salvadora de parte del sujeto necesitado. La facultad de salvaguarda del necesitado será **mínima** (el daño que podrá provocar en el tercero inocente deberá ser esencialmente menor al que intenta precaver) y inocente un **deber de sacrificio también mínimo** fundado en la solidaridad. Entran en este grupo, en lo que aquí interesa, los supuestos de estado de necesidad agresivo.

---

<sup>631</sup> Ver Primera Parte, Capítulo I, punto 3.2.2.

**4. Presentación de las tablas de correlativos y de opuestos: derechos máximos, medios y mínimos/ deberes máximos, medios y mínimos.**

A partir de estas tres propuestas, la tabla que se modificaría es la de correlativos (no la de opuestos) y entonces se verán así:

|                               |                                                                                                          |                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                 |
|-------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Correlativos jurídicos</b> | <i>Legítima defensa</i>                                                                                  | <i>Estado de necesidad defensivo</i>                                                                                                                         | <i>Estado de necesidad agresivo</i>                                                                                                             |
|                               | Derecho como pretensión, o <i>claim right</i><br><b>Derecho máximo</b> de salvaguarda y/o de injerencia. | Derecho como privilegio o como libertad (condicionado) ( <i>privilege right or liberty right</i> )<br><b>Derecho medio</b> de salvaguarda y/o de injerencia. | Derecho como potestad o facultad ( <b>muy condicionado</b> ) (o <i>power right</i> )<br><b>Derecho mínimo</b> de salvaguarda y/o de injerencia. |
|                               | <b>Deber de tolerancia máximo</b>                                                                        | <b>No derecho</b> (de defensa)                                                                                                                               | <b>Deber de sujeción</b> (deber mínimo de tolerancia)                                                                                           |

|                           |                                                                                                  |                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                      |
|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Opuestos jurídicos</b> | Derecho como pretensión) ( <i>claim right</i> )<br><b>Derecho fuerte</b>                         | Derecho como privilegio o como libertad de salvaguarda condicionado) ( <i>privilege right</i> ) <b>Derecho medio</b>                             | Derecho como potestad o facultad) ( <i>power right</i> )<br><b>Derecho mínimo</b>                                                                                                                    |
|                           | <b>No derecho</b> ( <i>no right</i> ) si tengo el derecho como pretensión no tengo un no derecho | <b>Deber</b> ( <i>duty</i> )<br>Si tengo derecho como privilegio o como libertad no tengo el deber de salvaguarda (puedo elegir reaccionar o no) | <b>Incompetencia</b> ( <i>incompetence</i> )<br>si tengo el derecho como facultad soy competente. Es decir no soy incompetente para modificar la relación que hasta entonces me vincula con el otro. |

**5. Aplicación del esquema a las tres situaciones de necesidad justificantes.**

### **5.1. Legítima defensa: derecho como pretensión (derecho máximo o fuerte)- deber de tolerancia (deber máximo o fuerte).**

El agresor en la situación de necesidad que da lugar a la legítima defensa cuestiona de la forma más amplia posible la esfera de libertad ajena. Lo agrede, lo ataca y lo hace con dolo, por lo que es responsable pleno por el peligro que genera. Desconoce al otro, lo niega como persona y, con ello, se despoja a sí mismo de la protección que el Derecho concede a su propio ámbito de libertad. Queda así, y por ello, sujeto a la máxima facultad de defensa del agredido, que está sólo limitada por la racionalidad (necesidad racional). Esto significa que el defensor tiene un *derecho como pretensión (a claim right, un derecho fuerte, amplio, máximo) de defensa o de salvaguarda* de su propia esfera de derechos o intereses y *de injerencia en el ajeno*. Y que *su contracara es un deber fuerte (a duty, amplio, máximo) de tolerancia* de parte del agresor (que no puede oponerse a la defensa y que debe sufrir las consecuencias con base en el principio de responsabilidad).

Su correlato en nuestro sistema de Derecho, concretamente en los delitos de omisión, es el de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión en los que el agente ostenta una posición de garante que supone un deber de protección máximo para él y una amplísima expectativa de protección de parte del beneficiario de ese deber.

### **5.2. Estado de necesidad defensivo: derecho como privilegio (derecho medio) - deber de tolerancia (deber medio).**

Aquel que por su propia conducta genera un peligro para la esfera de derechos y de libertad ajena de forma imprudente o, a lo menos, de forma tal que ese peligro resulta reconducible objetivamente a su esfera (estructura de estado de necesidad defensivo con peligro nacido en fuente humana *responsable preferente* por el peligro) viola los deberes positivo (de respeto) y negativo (de no interferencia en la esfera ajena) y tendrá, por tanto, un deber de tolerancia respecto de la acción defensiva (de salvaguarda) que el necesitado ejerce en defensa de su esfera de libertad. Pero como su infracción no tiene la intensidad máxima que se constata en un ataque doloso, sino media porque el sujeto es responsable preferente por el peligro que él mismo crea y que le es, a lo menos objetivamente imputable a su esfera, su deber de tolerancia será medio. El generador del peligro exhibe una competencia menor (es menos responsable por ese peligro) y, por tanto, también su injusto es menor. El responsable preferente por el peligro no cuestiona en términos tan amplios y tan directos la libertad ajena y mantiene, entonces, cierta protección del Derecho. Deberá soportar la respuesta, tendrá un

*no derecho* frente a la defensa que el necesitado emprenda (deber de tolerarla). Pero la suya no será una obligación de tolerar cualquier respuesta que al necesitado se le ocurra. Deberá tolerar o soportar aquella que, de un lado, resulte necesaria para aventar el peligro que él mismo creó. Por otro lado, que resulte proporcionada a la medida de ese peligro y, por último que no lo niegue como persona (principio de dignidad) porque, en general, la propia conducta no ha significado tampoco esa negación del otro como persona.<sup>632</sup>

Del otro lado, el necesitado tendrá en estos casos un *derecho de salvaguarda menos intenso (medio)* en tanto reacciona frente al sujeto que creó un peligro, aunque sin dolo. Además, el necesitado tendrá otras dos alternativas a la mano: las de no reaccionar o la de accionar, cierto es que en forma muy condicionada y limitada, contra un tercero inocente. Si, en uso de su libertad (principio de autodefinition de intereses propios), se decide libremente a actuar reaccionando contra la fuente del peligro el permiso ya no será tan amplio, deberá respetar un límite que ya no será el de la racionalidad, sino el de la proporcionalidad. El mal que causa debe ser menor al que se evita. Pero en esa ponderación de males (que, insisto es lo que la ley llama a comparar) la salvaguarda contra el sujeto responsable preferente por el peligro podrá tener una mayor intensidad que si el sujeto eligiera accionar contra un completo inocente. El mal que causa será menor aún cuando los bienes sean iguales o aún cuando el que se sacrifica resulte algo mayor.

En ambos casos (legítima defensa y estado de necesidad defensivo), la respuesta del amenazado por el peligro recae, precisamente, en quien lo generó, en quien “se lo merece” y que, por ello, por su propia responsabilidad, ha perdido total o parcialmente la protección que el Estado asegura a su propia esfera de libertad y de derechos. Es decir, que la respuesta recae en aquel que resulta responsable por ese peligro, que desafía, y que cuestiona la esfera de libertad ajena (responsabilidad por el propio acto organizador). Pero, claro está, tanto el sentido como el contenido de esa negación no es igual, y de allí la diferencia en grados tanto del derecho del afectado por la acción de salvaguarda como del deber del generador del peligro.<sup>633</sup>

---

<sup>632</sup> Interesante me parece destacar el orden de la cuestión axiológica: primero responsabilidad, luego dignidad. Por otro lado creo que, excepcionalmente, pueden existir casos en los que el cuestionamiento a la esfera de libertad ajena del responsable preferente tenga una gravedad similar a la del sujeto responsable pleno por el peligro. Me refiero, por ejemplo, a los casos del responsable preferente por el peligro que actúa con imprudencia temeraria. Ver más abajo.

<sup>633</sup> Dice Nino: “Si los preceptos que reprimen los delitos culposos están destinados a prevenir directamente la generación de riesgos de ciertos daños, más que esos daños en sí (lo que está indicado por la escala penal más reducida que la que se imputa a los delitos dolosos) quien sabe que genera el riesgo en cuestión y que él es objeto de prevención penal, consiente en asumir la respectiva responsabilidad penal, aun cuando crea que ella no

Aún cuando los bienes en conflicto sean iguales, y aún cuando fuere algo mayor el bien que se sacrifica que aquel que salva, el necesitado estará justificado. El sujeto en peligro tiene un derecho de salvaguarda (un derecho como privilegio o como libertad), mayor que si actuara en forma agresiva contra un tercero inocente. Ello, porque *el mal que causa es menor* en virtud de que está respondiendo a la generación de un peligro imputable a la esfera de un sujeto que es responsable por él y solventa el conflicto surgido con la menor perturbación posible del orden, del *statu quo* ante.

Como vimos *supra*, la preservación de la situación más parecida a aquella que existía en forma previa a la aparición del conflicto (del *statu quo ante*), parece ser una de las razones más poderosas detrás de esta justificación. Así, “*ante una situación de peligro, el necesitado debería comportarse siempre de modo tal que minimice el menoscabo total de los intereses o bienes involucrados en el conflicto (en la situación de la necesidad)*”.<sup>634</sup>

El correlato de esta estructura en los delitos de omisión, son los deberes de garantía cualificados (algo menores que los deberes de garantía usuales), descubiertos y denominados por Silva “posiciones de garantía débiles”. Se trata de los deberes de funcionario, de los deberes que surgen de las relaciones familiares. Los deberes de protección aquí son medios y la expectativa del necesitado (del titular del titular del derecho) resulta menos intensa.

### **5.3. Estado de necesidad agresivo: Derecho de injerencia mínimo (como potestad o facultad). Deber de tolerancia mínimo.**

En situaciones de estado de necesidad agresivo tenemos a un afectado por la acción de salvaguarda que no es en modo alguno responsable por el peligro que lesiona su esfera de derechos y de libertad. Más bien todo lo contrario. Exhibe la condición o el *status* tercero inocente, es decir de absoluto extraño en relación con ese peligro.<sup>635</sup>

Pero aunque ninguno de los dos implicados (ni el necesitado ni el tercero inocente) resultan *responsables* por ese peligro, no podemos decir que están en la misma situación fáctica ni, tampoco, jurídica.

---

se hará efectiva por confiar en que no se materializará el daño que la ley exige por diversas razones pragmáticas para ejecutar esa responsabilidad” (NINO, *Legítima defensa...*, 23).

<sup>634</sup> COCA VILA, “Coches...”, 246.

<sup>635</sup> Estas distinciones por la competencia por el peligro vienen siendo habituales en la doctrina. Así Wilenmann: “Mientras el estado de necesidad agresivo establece las situaciones en las cuales la afectación de bienes jurídicos de un tercero no implicado (de un “inocente”) se encuentra justificada, el estado de necesidad defensivo se define precisamente por la competencia que el titular del bien jurídico afectado tiene por el peligro que hace necesaria la afectación, con lo que deja de poder ser calificado como un verdadero inocente en relación con la situación de necesidad”. WILENMANN, “El sistema...”, 6 y COCA VILA, “Entre la responsabilidad y la solidaridad...”, 1-3.

En efecto, el necesitado, no es responsable por ese peligro pero sí competente por él. Y ello por dos razones que resultan tan sencillas como, según creo, evidentes y convincentes: a) primero, es a él a quien le ha tocado que un mal lo amenace. Ese peligro es *casus* para él, y el necesitado es *dominus del casus* (principio de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas -a terceros- y que deriva de la idea rectora de la libertad). Y; b) luego, ya enfrentado al peligro que lo amenaza, el necesitado ha tomado libremente una decisión: la de plantear la situación de necesidad y la de resolverla a expensas de un tercero que reviste (¡el sí!) esa doble condición: la de *inocente* (o no responsable) por el peligro, y la de absoluto *incompetente* por él.

Tenemos entonces en la escena a dos sujetos *que no resultan responsables* por él. Pero a uno de ellos (el necesitado) que sí resulta por lo menos mínimamente competente por ese peligro y a otro, el tercero, de quien ni eso podemos decir. No revisten la misma condición material ni tampoco la misma condición jurídica. Analizaré la cuestión con detalle más adelante.

Como ya anticipé y desarrollaré enseguida, en mi propuesta, el estado de necesidad defensivo es preferente al agresivo. Por tanto una de las condiciones fundamentales para que se admita el derecho como potestad o facultad de salvaguarda mediante la injerencia activa contra inocentes, es que el necesitado no haya podido optar, antes de plantear la situación de conflicto, por las otras dos posibilidades (de las tres) que tenía:

i. la de no plantearlo, y soportar el *casus* en su persona –casos de peligros corrientes de la vida o que no superan el umbral mínimo del riesgo socialmente permitido, o de peligros llamémosles triviales- que no merecen su reacción; huir<sup>636</sup>, evitar el mal sin afectar a nadie (todas alternativas, que eliminan el requisito de la necesidad); o casos de generadores competentes por el peligro pero que no pueden llamarse o considerarse “responsables” por él (niños, dementes) y en los que la reacción defensiva debería guardar la

---

<sup>636</sup> Posibilidad que no resulta exigible, por cierto, en los supuestos de legítima defensa. En términos tradicionales porque no se precisa que el derecho ceda al injusto... (supuestos de “huida desdolorosa o deshonorosa”, ver HILGENDORF-VALERIUS, DPPG, 95), o porque el ciudadano está actuando en rigor como un agente *cuasi* estatal (corresponsable de la paz) y celebramos (y necesitamos) que enfrente la fuente de peligro cuando esa manifestación tiene las características de una agresión ilegítima (es decir, portadora del máximo disvalor). Pero, entre otros, dicen Wessels, Beulke y Satzger, que en los casos de estado de necesidad defensivo, si existe la posibilidad de evitar el peligro, o si puede recurrirse a la ayuda de la autoridad, entonces debe hacerse (subrayado mío) (WESSELS, BEULKE, SATZGER, DPPG, Instituto Pacífico, Lima, 2018, 195).



proporción exigida para el estado de necesidad agresivo (diferencia sustancial de males)<sup>637</sup> y/o;

ii. Reaccionar contra la fuente de peligro, planteando un estado de necesidad defensivo, con un derecho de menor intensidad que el que tendría en legítima defensa pero que resulte suficiente como para permitirle una salida a la emergencia en la que el responsable preferente de ese peligro lo ha colocado. Tendrá, de elegir esta opción y como hemos visto, un derecho de salvaguarda medio, un *derecho como privilegio* y el afectado por su acción de salvaguarda (el responsable preferente por el peligro) un deber de tolerancia que se manifiesta en un *no derecho* de oposición si es que el necesitado decide reaccionar contra él. Si esta es la alternativa que elige, su posibilidad de respuesta, de daño, es mayor que la de si actuara contra un completo inocente. Es que el mal que causa será menor aunque los bienes en juego sean iguales y aún cuando el interés afectado sea algo mayor que el que salvaguarda. Ello, lo hemos dicho ya, porque su conducta reactiva contra el peligro constituye una menor perturbación del orden jurídico y social (del *statu quo ante*) que la de si involucrara a un tercero inocente en la escena.

Pero veamos qué sucede si el necesitado no elige ninguna de estas dos alternativas y recurre a la tercera, es decir a su salvaguarda merced a la afectación típica de un tercero inocente.

En ese caso, el necesitado tendrá un *permiso*, pero que ya no es un derecho ni fuerte (o máximo) ni medio. Que no es un derecho como pretensión ni un derecho como privilegio (o como libertad) para injerirse lesivamente en la esfera de libertad del tercero extraño, del inocente. Tendrá *permiso* sólo en la forma de *un derecho como potestad o como facultad* de salvaguarda o de injerencia (es decir un *derecho débil, mínimo*). Un permiso que, además de ser muy limitado estará, ciertamente, muy condicionado. Como dijimos, esa conducta sólo se validará si, y sólo si, concurren en el caso, el conjunto de condiciones necesarias y suficientes establecidas por una regla determinativa:

a) que concurra el requisito de la necesidad; b) que no exista un responsable del peligro contra quien dirigir la respuesta, o que no sea posible actuar contra él; c) que la

---

<sup>637</sup> De acuerdo, Nino que se pregunta qué pasa cuando el agresor no es culpable (loco, niño). Y contesta: “las reglas son las del estado de necesidad... Es que no es la preservación de los bienes afectados lo que justifica la defensa, sino el hecho de que el agresor “merece” cierto sufrimiento. Si bien se asegura cierta proporcionalidad, no hace lo propio respecto del requisito de necesidad, que el mal que el agresor merece puede no ser el que es imprescindible para detener la agresión sino uno superior. Estas dificultades son suficientes para descartar esta fundamentación”. (NINO, *Legítima defensa*, 52-53). De todos modos, como Nino no trata más que dos justificaciones por necesidad (legítima defensa y estado de necesidad agresivo), el alcance de esa defensa (i.e. si es posible en estructura de estado de necesidad defensivo) no queda claro en su trabajo.

diferencia de males (el que se evita y el que se causa) sea y parezca esencial; d) que no se superen los límites impuestos por los principios materiales de la autonomía personal y de la dignidad de la persona humana; e) que se requiera del inocente, si fuera posible, el consentimiento previo y; f) que siempre se resarza el daño.

Existentes o presentes estas condiciones, el necesitado podrá actuar (tendrá el permiso de actuar, el derecho como facultad o como potestad) con una afectación mínima de la esfera de libertad y de intereses del inocente.<sup>638</sup>

A su vez, el tercero inocente tendrá también un deber de tolerancia mínimo. La contracara de esa facultad será una situación de incompetencia de parte del tercero frente a la acción que emprende el necesitado. Que será o se traducirá en un correlativo deber de tolerar o de soportar, también mínimo, basado en la dignidad que deriva del reconocimiento del otro como un igual.

Encontramos un correlato de esta estructura en nuestro sistema de derecho, en los llamados deberes activos de solidaridad general (v.gr. en la omisión de auxilio o de socorro de nuestro 108 CPA) pero como veremos, y en contra de lo que usualmente se afirma, tienen, en mi opinión, un alcance distinto.

---

<sup>638</sup> Wilenmann parece cerca en algún momento, pero se aleja claramente de esta propuesta (no distingue por alcance de los derechos/deberes y sigue haciendo depender su sistema de la comparación relativa de intereses en pugna): “Toda lesión causada al destinatario de la agresión que no implique alguna forma de atribución de responsabilidad por la necesidad de la acción de necesidad tiene que ser, en cambio, calificada a su vez como *agresión imputable*. Si esa agresión imputable se encuentra justificada, puede hablarse de un derecho de necesidad en sentido estricto (estado de necesidad agresivo). El derecho de necesidad no surge, sin embargo, de la pura existencia de una situación de necesidad, definida por la necesidad de salvaguarda a través de la lesión de autonomía ajena. Los requisitos que afectan a la acción de necesidad son tan extensos que hablar de limitaciones, como en el caso de los derechos de defensa, es impreciso. Antes, la comparación de intereses salvaguardados y afectados por la lesión de necesidad *fundamenta* la concesión del derecho de necesidad.” Así: “Peligro en una esfera de autonomía no atribuible a un tercero ⇒ Situación de necesidad ⇒ Prohibición de agresión/derecho de necesidad (dependiendo de comparación de intereses).” (WILENMANN, “El sistema...”, 7-8).

## **Capítulo XII. Consecuencias de este mínimo papel de la *entrega al otro* en reconocimiento a su dignidad.**

Aquello que la doctrina llama solidaridad como demanda, tanto en su forma de prestación activa (deber de socorro) como en la deber pasivo (de soportar la injerencia en mi propia esfera de libertad), queda, en consecuencia, muy limitada.

### **1. Deber de tolerancia del inocente: subsidiario, excepcional y mínimo.**

En situaciones de necesidad agresivas, el deber de tolerar o de soportar del inocente queda reducido sólo a supuestos en los que el necesitado tiene el *derecho como potestad o como facultad* de modificar la relación inicial que a todos nos vincula (*nemimen laedere*) vis a vis el inocente. Esto es, si y sólo si se verifica en el caso, la concurrencia de todas condiciones necesarias y suficientes para que un sujeto pueda desplazar el mal que le tocó a la esfera de libertad (y de derechos) del absoluto incompetente y también irresponsable por el peligro. Así, **el necesitado no podrá** (no tendrá el derecho como facultad o como potestad de salvaguarda o injerencia en la esfera del inocente) y **el inocente no tendrá el deber de tolerar la injerencia**:

a) si existe un responsable preferente y puede responder directamente a la fuente de peligro en estado de necesidad defensivo; b) si, antes de proceder contra el inocente no requiere, si puede, su consentimiento (solicita la prestación voluntaria del auxilio que demanda) o si no existen alternativas a la mano (otros a quien solicitarla, por ejemplo); c) si no existe una diferencia sustancial, esencial, entre los males en juego (aquel que amenaza al necesitado y aquel que se pretende causar al inocente en demanda de su “solidaridad”); d) que esa demanda que se exige, pueda ser exigida en tanto no comprometa o lesione su autonomía esencial (su propia biografía) ni su dignidad como persona; e) que se indemnicen, más pronto que tarde, los daños que al inocente se le causan (nuestro sistema jurídico nos da las herramientas para hacerlo y las explicaré en su lugar).

Como podemos apreciar son varias las condiciones a cumplir para que al necesitado pueda reconocérsele un *derecho como facultad o como potestad* (es decir un derecho mínimo) de injerencia en la esfera de un inocente. Damos con ello a la situación de necesidad justificante agresiva el lugar que debe tener en un sistema respetuoso de la libertad: *subsidiario, excepcional y mínimo*.

## **2. Exclusión de la figura del tercero auxiliador en situaciones de estado de necesidad agresivo:**

En estas condiciones, y a pesar de que la doctrina lo admite<sup>639</sup>, no existe lugar para la admisión de la figura del tercero auxiliador en situación de estado de necesidad agresivo. Figura o instituto que no resulta aceptable ni tolerable en un sistema ordenado de libertad. Así se entiende por qué es que en mi país que pretende (a los menos según la Constitución y sus leyes penales y civiles), ser un sistema ordenado de libertad, nunca se haya recibido reconocimiento legislativo expreso. Por cierto que sí se habilita el auxilio necesario de un tercero en estructura de estado de necesidad defensivo. ¿Y cómo afirmarlo si no está legislado expresamente? No está legislado expresamente porque sólo tenemos una fórmula de estado de necesidad que no distingue entre las dos estructuras que se hace indispensable distinguir (y el día que se legislen por separado, habrá que reconocerlo para una y negarlo para la otra). Además porque el estado de necesidad defensivo tiene una relación de afinidad, de parentesco, mucho más cercana a la estructura de la legítima defensa que a la de estado de necesidad agresivo (no será la primera vez, ni la última, que los primos se llevan mejor que los hermanos...). Y, fundamentalmente, porque no queremos y no admitimos el daño a la esfera de derechos y de libertad de un inocente sino sólo como una verdadera excepción. Y sí queremos y habilitamos la reacción contra la fuente de peligro natural o que se origina en un sujeto que de algún modo es responsable por ese peligro. De este modo es como: a) se asegura mejor la paz, el orden (el mantenimiento o la preservación del *statu quo ante*); b) se preserva mejor el principio de separación de las esferas de autonomía individuales que rigen (con la mayor fuerza) nuestras relaciones sociales (los deberes negativos) y c) se asegura mejor el principio de justicia (dar a cada uno lo que merece en la medida de lo que merece y en las circunstancias del caso). En dos de las situaciones de necesidad justificantes tenemos a un responsable (pleno o preferente) por el peligro que recibe la respuesta en virtud de un mal uso o de un abuso de su libertad; en el restante (estado de necesidad agresivo) no tenemos responsables afectados, sino inocentes.

---

<sup>639</sup> Entre otros, Bockelmann/Volk: se puede actuar en estado de necesidad a favor de un tercero” (BOCKELMANN-VOLK, *DPPG*, 213). En Argentina, DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, 157: “Puede haber salvataje de los bienes jurídicos propios como ajenos, ya que en este aspecto, ni conceptual ni legalmente hay límites en este sentido...”. Extraño, porque el autor postula que existen *límites al derecho* impuestos por el principio de la dignidad de la persona humana. A la dignidad entendida en sentido kantiano: la no utilización de unos como medios para fines de otros.

### **3. La “solidaridad obligada”. O, mejor, sobre el deber de socorro o de auxilio positivo general de sujetos en peligro, art. 108 del CPA.**

El artículo 108 del CPA castiga con una pena menor, de multa, a aquel que *“...encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad”*.<sup>640</sup>

#### **3.1. La ayuda impuesta por la ley penal: ¿un mandato de amor, acaso necesario?**

Mientras esto escribo, sentado a una mesa de la calle de un bonito café en la entrañable ciudad de Barcelona, escucho un ruido. Un joven que iba en una patineta acaba de caer aparatosamente sobre el asfalto. Cuatro personas esperaban el semáforo. No había autos detrás del joven ya despatarrado en el suelo, pero podían aproximarse en cualquier momento. La actitud de las personas que esperaban para cruzar fue inmediata y unánime. Se acercaron al joven, lo llevaron arriba de la vereda (apartándolo del peligro) y recuperaron su patineta. Enseguida estuvo en condiciones de partir y, agradecido, así lo hizo. Me quedo observando un poco más. ¿Son tan extrañas en la vida cotidiana de relación, estas situaciones de ayuda a otro y que no implican gran esfuerzo ni, por cierto, alteraciones significativas de nuestro propio plan de vida?

Parece que no. Una señora, toma gentilmente del brazo a un colegial, de unos 10 años, que pretende cruzar la calle sin semáforo habilitante. Algo le dice, amable. El niño espera la luz a su lado y cruzan juntos. Ayer, cuando llegaba a “casa”, la empleada del bar de “mi hotel”, pegó el grito a un automovilista que se había metido en la calle Diputació camino a Paseo de Gracia pero... ¡de contramano! El conductor agradeció el “aviso” y corrigió la situación. Más tarde, al saludar a esta empleada, que me servía el café de la mañana, me dijo que “se sentía algo malita” (que se sentía mal). Le dolía mucho la cabeza y había pedido un

---

<sup>640</sup> El artículo, así redactado, proviene el Proyecto de 1891, que sigue la disposición del art. 389 del Código italiano de 1890 y que decía: “Cualquiera que, encontrando abandonado o extraviado a un niño menor de siete años u otra persona incapaz, por enfermedad mental o corporal, de proveerse a sí misma, omite dar aviso inmediato de ello a la autoridad o a sus agentes, es castigado con multa de cincuenta a ciento cincuenta liras. A la misma pena está sometido el que, encontrando una persona herida, o de otro modo en peligro, o un cuerpo humano que esté o parezca inanimado, omite, cuando esto no lo exponga a daño o peligro personal, prestar la asistencia necesaria o dar inmediato aviso de ello a la autoridad o a sus agentes” (Tomo la cita de NUÑEZ, *Tratado...*, III, 312. Ver Manzini, *Trattato*, vol. III (1926), 200 y ss. El Código Italiano de 1930 mantiene las disposiciones con algunas modificaciones (art. 593). El Código Francés, que también se cita, y el Proyecto Tejedor son, en realidad, bastante distintos del texto actual. El Código Español de 1850 contenía en forma de contravenciones el caso del menor y el de una persona cualquiera separadamente, en el art. 486, incisos 11 y 12.

ibuprofeno pero no se lo alcanzaban. De inmediato me puse en actitud de salvamento. Subí a mi habitación y le bajé algunas pastillas del medicamento que requería (ibuprofeno) para aliviarle el dolor. Y me sentí bien.

En mi experiencia, son comunes este tipo de situaciones, y mucho más corrientes que lo que podemos pensar (poniendo algo de atención identifiqué cuatro en un lapso breve). Y por supuesto también en mi país, acaso todavía más frecuentes porque los argentinos parecemos vivir en una situación de “emergencia perenne”.

Frecuente resulta en el mar, por ejemplo, ver a niños o a gente que no sabe nadar, cerca de la orilla pero con dificultades para mantenerse en pie, para salir del agua, enfrentar a las olas o lidiar con los pozos en los que caen. Por lo general, sólo es preciso extender una mano para sacarlos de la situación de peligro. También encontrar a un no vidente caminando con su bastón hacia un lugar peligroso, por ejemplo, un pozo no indicado o indebidamente tapado o cercado. O, directamente, hacia una pared.

Me parece bastante evidente que la cantidad de situaciones que encontremos, podamos y debamos resolver dependerán, en general, de nuestra actitud frente a los otros. Algunos van por la vida, a la Nozick, encerrados en un individualismo cerril y convencidos de que sin dañar directamente al otro y sin que otros molesten o alteren su propio plan, más el pago de sus impuestos, su rol de ciudadano está sobradamente cumplido. Otros son más sensibles a las necesidades ajenas, a la Mill o a la Kant. Están atentos y dispuestos, en la primera línea, para asistir al que sufre. Y postulo que su número es mayor, simplemente porque no creo que la tendencia general del hombre sea la maldad, el egoísmo o la absoluta indiferencia por el otro sino, más bien, la empatía y la generosidad.

Pero sucede que *más allá de nuestro talante o de nuestra actitud moral frente a los demás, como vemos, la ley nos impone un deber*. Bastante insólito, por cierto, para un liberal. Es que nos parece muy bien esto de ayudar al otro, pero de ahí a hacerlo no como una obligación moral sino jurídica y sujeta a pena por su infracción... En cualquier caso, el deber es para todos, mas allá de lo que nos parezca. Veamos entonces cuál es su contenido y extensión.

### **3.2. El artículo 108 del CPA.**

La norma que subyace al tipo omisivo puro contiene y consagra uno de esos deberes positivos generales que hemos examinado ya: “¡ayudá!”. Deberes de actuar en cabeza de

cualquier ciudadano que encuentra a otro en peligro pero que, a pesar de la redacción algo confusa del tipo penal, no resulta “cualquier peligro”.

Se trata de un deber presente en países con diferente conformación social y económica al nuestro, por ejemplo, en España<sup>641</sup> y en Alemania.<sup>642</sup>

En nuestro Código Penal aparece en el Título I del Libro Segundo del CPA: “Delitos contra las personas”, Capítulo VI, “Abandono de personas”. Se ha discutido el nombre de esta infracción llamándola algunos *indolencia culpable*, pero para la mayoría, tomando las propias palabras centrales de la figura puede llamarse *omisión de auxilio* (Soler) u *omisión de socorro*.

Los *casos más comunes* que la doctrina trata son algunos de los que ya mencioné: el de aquel que encuentra caída en la calle a una persona con peligro de que un vehículo lo atropelle; el de quien ve a un ciego caminar hacia un pozo profundo... el de la persona que ve a otro ahogarse y puede socorrerlo con mínimo esfuerzo. También, el de la persona que advierte a otro atropellado por un automóvil en la carretera desierta, y que no puede eludir su obligación de subirla a su vehículo y llevarla al hospital para que la atiendan..., etc.

En relación al *bien jurídico* que la figura tutela, la discusión local se ha planteado casi en los mismos términos que en España. Algunos sostienen que es “la solidaridad” o un “deber esencial de humanidad<sup>643</sup>”, otros “el orden social” y, la mayoría, “la vida y la integridad

---

<sup>641</sup> En España, hasta 1995, 489 párrafo 1º (dentro de los “delitos contra la libertad y la seguridad”): “El que no socorriere a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero”.

Las opiniones sobre el bien jurídico protegido aparecen muy divididas. Parece predominar la tesis de que se trata de un delito contra la solidaridad humana (deber jurídico de solidaridad), pero dice Rodríguez Devesa: “...entiendo que, a no ser que queramos consagrar en las leyes punitivas deberes de caridad para con el prójimo, es preciso que la omisión de socorro agrave la situación de peligro de que se trata... La exigencia de que el peligro sea grave induce a pensar que solo tienen cabida aquí los bienes jurídicos de naturaleza personalísima, vida, integridad personal, libertad sexual, honor, libertad...” (RODRÍGUEZ DEVESA, José María, DPPE, Dykinson, Madrid, 1989, 120 y 121).

Desde 1995 se legisla en un título independiente, el “*Título IX. De la omisión del deber de socorro*” (extrañamente, luego de los delitos contra la libertad sexual y antes de los delitos contra la intimidad). Dice:

“195 CPE: 1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de 3 a doce meses.

2. En las mismas penas incurrirá el que impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.

3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses y si el accidente de debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.

<sup>642</sup> § 323 del StGB.

<sup>643</sup> “*Se contiene en esta figura la expresa imposición de un alto deber de solidaridad social*” (Soler, DPA, III, 217; con cita de Altavilla, 3ra. Ed. 220; Majno, III, 360 y Manzini, VII, 201). El mismo Soler: “...deber esencial de humanidad” (SOLER, DPA, III, 220). Gómez alude a “*actos que todo hombre de sentimientos normales se vería impulsado a realizar*”... a “*un primordial deber de solidaridad humana*” (GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942, II, 255 y 257). Nuñez: “Esta disposición se funda en ser, en ciertas circunstancias, un derecho exigible el de la *mutua asistencia o ayuda que se deben los hombres en su convivencia social*” (NUÑEZ, *Tratado...*, T. III. Vol 1, 311 – 316). Para Molinario-Aguirre

personal” (argumento que encuentra fuerte sustento por su ubicación sistemática en nuestra ley).<sup>644</sup> Ciertamente es que la redacción del tipo “amenazado de un peligro *cualquiera*”, ha llevado a autores como Soler a postular la ampliación de la protección a bienes jurídicos también personalísimos pero distintos a la vida o a la integridad personal; por ejemplo, a la libertad.<sup>645</sup> Pero compartimos la idea de que *el peligro del que habla* el art. 108 debe ser para la vida o para la integridad personal (para la incolumidad física o psíquica de la persona) y no para la libertad, el honor, la propiedad u otros bienes jurídicos. Ello se explica, además de por el lugar en el que se ha incluido la figura en la ley, porque la ampliación a otras situaciones implicaría una extensión inadmisiblemente del deber de actuar (prestar auxilio o dar a aviso a la autoridad) que, en forma general, (se entiende que) asumen todos los ciudadanos.<sup>646</sup>

Se afirma que *sujeto activo* puede ser cualquiera *que se encuentra* con la situación generadora del deber de actuar. Y, *sujeto pasivo*, aquellos expresamente mencionados en la

---

Obarrio: “Esta disposición, ... consagra un *deber de asistencia impuesto por razones de convivencia social y sentimientos elementales de humanidad*. El Código exige el cumplimiento de un *deber elemental de asistencia impuesto por la sociedad civilizada, para la subsistencia del cuerpo social*. (MOLINARIO, Alfredo y AGUIRE OBARRIO, Eduardo, *Los delitos*, T. I, TEA, Buenos Aires, 1996, 312). Donna: “El bien jurídico protegido es la *solidaridad humana*, pero sólo cuando están en peligro los bienes vida e integridad personal” (destaca la ubicación sistemática del tipo entre los delitos contra las personas y cita a Portilla Contreras: “es el deber de asistencia de otros en supuestos de peligro grave y manifiesto para la vida o la integridad física” (DONNA, ..., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2da. ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, T. I, 398 y 399). “La idea sobre la cual descansa la razón fundadora de este delito, es la violación de la mutua asistencia o ayuda que se deben las personas en la vida en sociedad... convierte un deber de contenido ético social, en un deber legal para todos los ciudadanos” (BOUMPADRE, Jorge Eduardo, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 2012, 118 y 120).

<sup>644</sup> BUOMPADRE, 118.

<sup>645</sup> Sin embargo, basta que el peligro amenace a la persona, sea cual sea la naturaleza de aquel; por tanto, *no solamente está indicado el peligro de vida, sino cualquier otro que pueda afectar la persona física, incluso en su libertad*. Si un sujeto puede evitar, sin riesgo personal, que un individuo sea secuestrado o si, estándolo, puede evitar que continúe en ese estado, comete omisión de auxilio (SOLER, DPA, III, 219).

<sup>646</sup> BUOMPADRE, 118-119. Dicen Molinario y Aguirre Obarrio: “La persona *amenazada de un peligro cualquiera* es una forma muy poco feliz de referirse a un peligro para la vida, la integridad corporal o la salud. Porque es evidente de que si se trata del peligro de ser embaucado por un vendedor ambulante, no ese trata de este caso. Se trata de quien va distraído en dirección a un pozo, quien cae al cruzar la calle por donde vienen vehículos, etc. Los clásicos ejemplos se refieren a la gente que se está ahogando...El peligro es para la vida, la salud, la integridad corporal, que es lo que se refiere la obligación de prestar ayuda, como lo dijimos... en cuanto a los heridos, también es necesario que la herida haga peligrar su salud, porque no es sensato afirmar que si un señor que se lastimó al afeitarse va de su casa al trabajo, todo aquel que se encuentra por el camino deba prestarle ayuda. Debe tratarse de un herido que la precise, lo mismo sucede con el inválido (Molinario-Aguirre Obarrio, “Los Delitos”..., 312 y 313). “La situación de peligro, aun cuando la ley dice *cualquiera*, debe afectar a la persona, lo cual se deduce no solamente de los principios generales de este título del Código, sino del sentido del texto mismo de la ley (SOLER, DPA, III, 219). “No quedan comprendidos riesgos distintos del que amenaza la integridad física, si lo están los casos en que esa integridad se encuentra comprometida aunque el peligro principal incida primordialmente sobre otros bienes jurídicos de la víctima (p.ej. comete el delito quien o presta auxilio a una mujer que está por ser violada por medio de la fuerza, o al que sufre coacción física para ser robado)”. (CREUS, DPPG, 135).



ley, esto es un menor de diez años, una persona herida o inválida o amenazada de un peligro (insisto, para la vida o para la integridad personal).<sup>647</sup>

Se trata de un *delito de omisión pura o simple, por lo que deben verificarse presentes los tres elementos del tipo objetivo de la omisión*: a) el deber de actuar (deber de ayuda, asistencia o socorro; es la misma ley la que lo configura y fija sus límites); b) la conducta del agente contraria al deber que la norma impone; c) la posibilidad física de actuar. En este caso con especial referencia a que la acción de salvamento o socorro no suponga un riesgo para la persona del socorrista (*cláusula de exigibilidad*). En ese caso, una salida *subsidiaria* prevista en el tipo (que *no es una alternativa: A ó B, sino A y, si no puedes, recién B...*) es la de dar aviso “inmediatamente” a la autoridad.<sup>648</sup> Sólo aquellos obligados a actuar, aún con riesgo personal merced a ser portadores de un deber especial de protección -institucional o voluntariamente asumido (bomberos, policías, guardavidas, médicos, padres con hijos, etc.)-, tienen que correr riesgos a los que el común de las gentes no estamos obligados en virtud del deber general.<sup>649</sup>

Parece que el sistema de protección de personas en peligro (solventado, por cierto, a través de nuestras permanentes contribuciones en forma de impuestos) es asumido por el propio Estado (responsable primario de ofrecerlo, de implementarlo y de asegurarlo), como insuficiente o ineficaz. No resulta sencillo encontrar otras razones que la insuficiencia (o la inoperancia) del Estado, frente a la notable cantidad de sustitutos reconocidos a los ciudadanos en forma de derechos y de permisos, pero también puestos sobre sus cabezas, en forma de deberes jurídico penales. En efecto, a los incontrovertibles derechos de defensa y de estado de necesidad (defensivo) propios (y al consecuente *deber del agresor de soportar la respuesta* en virtud del principio de responsabilidad; sujeto responsable pleno o preferente por el peligro que creó), suele agregarse el mucho más discutible *derecho* del necesitado de afectar típicamente la esfera de libertad de un completo inocente que *debe*, también, soportar ese daño (obligación de sacrificio del tercero extraño –inocente- en estructura de estado de necesidad agresivo) y que en este trabajo pretendemos limitar.

Pero, además, se agrega un *derecho* (que a veces es deber) de auxilio necesario del tercero en situaciones de necesidad (que sólo reconozco en legítima defensa o en estado de

---

<sup>647</sup> BUOMPADRE, 118.

<sup>648</sup> Ver, CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6ta. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, I, 133. Algunos extienden la cláusula de inexigibilidad también para el deber subsidiario; “(dar aviso inmediato a la autoridad...) pero, de nuevo, si es que no se corre un riesgo personal tampoco con ello. El riesgo personal se convierte así en el límite para una y otra obligación” (BOUMPADRE, 119).

<sup>649</sup> BUOMPADRE, 119.

necesidad defensivo) y este *deber general de socorro* (deber de amparo activo) de la omisión de auxilio de nuestro 108 CPA. Ello, claro está, más allá de los deberes específicos de garante que cada cual haya asumido voluntariamente (y que, en la medida de que parten de esa asunción voluntaria en virtud de un contrato, de una situación precedente, de asunción o de compromisos fuertemente asegurados en la ley – relaciones paterno filiales, matrimonio etc.) cuentan aquí, pero no me preocupan en lo más mínimo (puesto que nacen de la libertad).

Se dirá, claro está, que las sociedades modernas son cada vez más complejas, que los riesgos no sólo vitales, sino de todo tipo, se han incrementado exponencialmente y que “la mano del Estado” no puede llegar a cubrir todas las situaciones de peligro a las que se ven sometidas las gentes a partir, sólo, de sus propios recursos institucionales.

Se dirá también que el Estado, comprometido en la protección de sus ciudadanos, no puede más que ofrecer o poner a disposición este complejo y coherente sistema de normas que pretender subvenir a la debilidad fáctica del sujeto agredido o en peligro grave.<sup>650</sup> Y, se agrega, que es mejor que así sea porque, de lo contrario, la presencia del Estado se haría insoportable (Pawlik).

Puede ser. Pero no estoy muy seguro ni de que esa respuesta sea suficiente justificación para el engrosamiento de los deberes del “sustituto” (ciudadano *co-responsable* – Pawlik- o *cuasi responsable* – Silva-), ni que el ciudadano deba cumplir ese rol, ni que ello sea, finalmente, razonable ni justo. Postulo, más bien, que si no existieran, no los extrañaríamos.<sup>651</sup>

Para un liberal, este tipo de deberes morales impuestos bajo coacción penal discurren entre el oxímoron y lo insoportable. No se comprende fácilmente ni la justificación de su existencia, ni se explica qué se perdería con su directa eliminación (que no significa, en modo alguno, la eliminación de los actos *voluntarios* erogatorios o supererogatorios, es decir solidarios y hasta altruistas). Tampoco aparece claro, ni por cierto indiscutido ni indiscutible, por qué el deber moral debe convertirse en un deber social o en un deber político.

---

<sup>650</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Permisos y deberes en la defensa de terceros. Un análisis previo y disidente”, Estudios jurídico penales y criminológicos, Libro homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson S.L., Madrid, 2018, 629 a 645. Aquí, 632.

<sup>651</sup> Los orígenes de la fórmula alemana, que es de 1935, por ejemplo, están bastante más vinculados “al pensamiento popular” o “al sano sentimiento del pueblo alemán” (de infaustas consecuencias) que a motivos de *solidaridad*. Ver para ello, FRISCH, “Derecho penal y solidaridad...”, 6. También Von Hirsch: “Enactment thus occurred two years after the Nazi seizure of power, and the wording of the statute had unmistakable ‘völkisch’ (fascist) overtones” (VON HIRSCH, Andreas, “Criminalizing Failure to Rescue: a Matter of Solidarity or Altruism?”, en AA.VV *Crime, Punishment and responsibility*, Oxford University Press, 2011, 241-253, aquí 241.

El Estado no tiene como cometido esencial ni señalar un determinada moral ni, mucho menos, perseguir penalmente a quienes la contraríen. Sí debe, por el contrario, asegurar la paz (el orden) para que cada uno pueda desarrollar su propio plan de vida como elija, es decir, en libertad. En términos de Pawlik (¡un hegeliano! con el que, extrañamente, coincido bastante) esos son los únicos cometidos del Estado. Pero no es, precisamente ello lo que todo este infernal entramado normativo de derechos y deberes nos muestra.

### **3.3. Límites y alcance del deber activo de socorro del 108 del CPA.**

Pero no pretendo hacer una extensa ni mínimamente elaborada *crítica* del art. 108. Y tampoco puedo, ni quiero aquí, hacer una exégesis o un análisis profundo de esa figura. Sí me interesa tratar sólo tres cuestiones:

a) La primera, ya sugerida, ¿podemos vivir sin el deber general de socorro activo que impone el artículo 108?

b) La segunda, más importante: ¿es el deber de socorro activo del art. 108 del CPA, una “cláusula espejo” del deber de tolerancia o de sacrificio del inocente en situación de necesidad agresiva?

c) La tercera: ¿qué tipo de deberes (de qué clase y de qué alcance son) los que impone el deber de socorro del 108 del CPA?

A ello voy entonces:

#### **3.3.1. ¿Podemos sobrevivir sin el mandato (penal general) del amor?**

Bueno, por cierto que muchos países viven sin él, y no les va mal. Hablo especialmente de los sajones. En la tradición más liberal y clásica estos deberes generales de socorro son, efectivamente o desconocidos o muy extraños.<sup>652</sup>

Pero veamos nuestro país, que sí legisla ese deber general de la mano de la tradición española, germana e italiana. La estadística criminal nacional (Ministerio de Seguridad de la Nación) no discrimina este delito. Lo muestra en la categoría de “otros delitos contra las personas” que integran varios otros: la instigación y la ayuda al suicidio (art. 83 del CP), el aborto (arts. 85 a 88 del CPA), las lesiones en riña (art. 95 del CPA), el duelo (arts. 91 a 103 del CPA), el abuso de armas (arts. 104 y 105 del CPA) y el abandono de personas y la omisión de socorro (arts. 106 a 108 del CPA). Esa información nos resulta aquí, por tanto, inútil.

---

<sup>652</sup> Véase, por todos, VON HIRSCH, “Criminalizing Failure to Rescue...”, 241.

Tenemos mejor suerte con las de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la que la Nación transfirió la competencia de juzgamiento de éste y de varios otros delitos en el año 2008. El informe desde entonces hasta la última publicación (setiembre 2014) es el siguiente:

|                              |     |     |     |     |     |     |
|------------------------------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| Omisión de auxilio (108 CPA) | 008 | 009 | 010 | 011 | 012 | 013 |
|------------------------------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|

La población total de la Ciudad es de algo más de 3 M de personas (3.045.000 en el último registro de 2015). La incidencia de este delito es, por tanto, absolutamente insignificante.

Estamos hablando de la ciudad capital de la Nación, se dirá. En donde los recursos parecen ser, y son, más importantes. Pues vamos a una Provincia menos favorecida. En la Provincia del Chaco (noreste argentino), menos poblada y mucho más pobre que la Ciudad de Buenos Aires, la tasa es similar. Las denuncias en 2014 fueron 2 en el área metropolitana y ninguna en la regional. Y en el 2015 fueron 4 en el área metropolitana y tres en el interior (en la Regional 5). Este número, además, incluye los delitos de los arts. 106 (abandono de persona), 107 (abandono de persona calificado) y 108 (omisión de auxilio) del CPA<sup>653</sup>. Así parece que si el deber general de socorro o auxilio se deroga, nadie lo extrañará. O porque está casi en desuetudo, o porque su previsión se muestra inútil.

### **3.3.2. ¿Es el deber de socorro activo del art. 108 del CPA, una “cláusula espejo” del deber de tolerancia del inocente en situación de necesidad agresiva?**

Si el deber de socorro (deber activo) fuera el espejo del deber de tolerar del tercero inocente en situación de estado de necesidad agresivo (deber pasivo), debe explicarse por qué es que en un país que supera actualmente al 34% de pobres del total de la población<sup>654</sup>, la tasa de casos de infracción al deber positivo resulta tan insignificante. Eso no puede ser contestado

<sup>653</sup>Informe de criminalidad y violencia años 2014 y 2015. Denuncias. Fuente: Policía del Chaco, en <http://www.observatoriovsp.chaco.gov.ar/estadisticas.php>

<sup>654</sup>Indec, informe sobre pobreza primer semestre de 2019. Total de pobres promedio del país 35.4% (tomando sólo 31 aglomerados urbanos de más de 500.000 habitantes). Ello hace, sobre un total de algo más de 44 M de habitantes (2017), un estimado de 15.5 M de personas que están por debajo de la línea de la pobreza. En el Noreste Argentino (NEA), el índice se eleva al 42, 4%. En la zona de Gran Resistencia, Chaco, es del 46,9%. El informe define a las personas por debajo del índice de pobreza como aquellos grupos familiares que, a partir de los ingresos de los hogares, no tienen capacidad de satisfacer –por medio de la compra de bienes y servicios– un conjunto de necesidades alimentarias y no alimentarias consideradas esenciales. Ver informe Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos. Primer semestre de 2019.

aquí. Pero postulo que el principal obligado es absolutamente incapaz de proveer lo mínimo necesario para la subsistencia, y que los ciudadanos que no atravesaron el límite de la pobreza “no están tan lejos de conseguirlo”. La clase media argentina está visiblemente empobrecida y los ricos en este país no llegan al 2%. Así, el art. 108 CPA cuando se trata de asistir al indigente, al pobre, al que tiene hambre (y por ende su vida, su salud, su integridad y dignidad como persona), está obligando a una prestación más que solidaria. Obliga al altruismo, “a dar hasta que duela”, hasta que a mí me falte. Y ese no es ese el sentido del art. 108 del CPA. Bienvenidos sean, más que nunca, los solidarios y también los altruistas. Me anoto en esa fila, al menos mientras pueda... Pero no perseguiré ni encarcelaré a quienes no exhiban esa actitud o esa virtud.

Parece un lugar común afirmar que la omisión de auxilio o de socorro es una *regla paralela* a la del deber de sacrificio en situaciones de necesidad agresiva, Baldó<sup>655</sup>, o aún más, que ambas tienen una *relación especular*.

Yo creo que esa relación existe pero que no es, ni mucho menos especular. Que los alcances y límites de los dos institutos, a lo menos en nuestra ley, son distintos. Y que la distinción parte, como en las situaciones de necesidad, por determinar la fuente del peligro y del vínculo que cada uno tenga con él. En esa intuición encuentro un aliado fuerte: Jakobs.

“En el deber de socorro (del § 323), se exige un actuar positivo (intervención en situación de necesidad), una prestación humana; en cambio en el caso del tercero extraño a la situación de peligro (tercero inocente) en la estructura del estado de necesidad agresivo, un no hacer, un soportar o dejarse vencer. Ello simboliza más intensamente la utilización de una persona como una cosa”.<sup>656</sup> En efecto, ello es así. Pero la razón de las diferencias no tiene que tanto que ver con la naturaleza del deber. En rigor el deber de sacrificio del inocente también puede consistir en una entrega, en una prestación positiva. Veamos si puedo explicar y fundamentar cuales son esas diferencias, y las consecuencias que implican.

### **3.3.3. ¿Qué tipo de deber impone el deber de socorro del 108 del CPA? La vuelta a Hohfeld.**

En los casos de omisión de socorro o de auxilio, los peligros a los que alguno está expuesto pueden provenir de la culpa del mismo sujeto (que se perdió por distraído, se cayó

---

<sup>655</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 174 nota 396.

<sup>656</sup> JAKOBS, DPPG, 13/15.

en la vía de circulación, o que anda ebrio, o que salió al mar sin cautela), o pueden originarse sin culpa de su parte (al sujeto “le ha pasado” que se desorientó, se mareó, etc.). También puede que esos peligros sean cosa del destino, de la mala suerte, o de un fenómeno natural (supuestos de *casus*). Finalmente, también pueden originarse en acción humana (por ejemplo, supuestos de peligro derivado de un sujeto responsable pleno (agresión en situación de legítima defensa) o de un sujeto responsable preferente por él (por ejemplo peligro generado por descuido de otro distinto al necesitado).

El deber de auxilio no desaparece en ninguno de estos casos; el deber de soportar del inocente, en todos.

Soler, por ejemplo, sostiene que “no hay motivo para hacer distinción alguna entre el peligro derivado de un accidente natural y el que proviene de una acción humana. Si es posible auxiliar sin riesgo al que es víctima de una agresión injusta, se comete delito no prestando ayuda. Es indiferente también que el riesgo derive de la propia culpa de la víctima (ebrio, nadador imprudente)”.<sup>657</sup>

Estoy de acuerdo. Pero sí merece la pena hacer distinciones para mostrar las diferencias entre la posición jurídica del obligado al socorro activo del art. 108 CPA y la del obligado a soportar la injerencia lesiva en la situación de necesidad del 34.3. CPA (de algún modo responsable, competente o inocente). Ellas muestran ya, según creo, que ambos institutos no resultan comparables ni en su sentido ni en su extensión.

Si el peligro se origina en un responsable pleno (situación de legítima defensa) el auxiliador necesario acudirá en su ayuda en los términos del auxilio necesario de terceros de la eximente en concreto (artículo 34.7. del CPA). No debe haber provocado él mismo la agresión (ni haber participado en ella) y auxiliará al agredido en peligro en los términos, máximos examinados (los de la razonabilidad). El tercero será entonces quien ejerza *el derecho como pretensión* y el agresor quien *deba soportar* la defensa emprendida por el tercero en los términos más amplios (máximo deber de tolerancia, no tiene derecho a la defensa).

El auxiliador necesario no puede (y no debe) involucrar en la escena a un inocente en estos casos. Si lo hiciera, éste, a la vez, tendría derecho de defensa contra esa injerencia ilegítima a su esfera de libertad y de derechos.

Si el auxiliador necesario presta su ayuda a un sujeto en peligro que se origina en *responsable preferente*, podemos decir lo mismo, pero con intensidades distintas. El

---

<sup>657</sup> SOLER, DPA, III, 219.

auxiliador no debió haber provocado la situación de peligro (porque no sería *extraño* a ella), y tiene el *derecho* de responder en contra del tercero responsable preferente en defensa del necesitado. *Pero él no tiene un derecho como privilegio* (el único que lo tiene es el sujeto en peligro, no un tercero). Lo que tiene es *un derecho como facultad o potestad*. Esto es, dadas ciertas condiciones (i.e. que el necesitado en peligro no rechace la ayuda, y que observe todos los límites de la defensa que emprende, sobre todo en términos de proporcionalidad -mal que se causa menor que el que se evita) podrá ejercer ese derecho. Lo analizaremos enseguida.

Si el necesitado de la ayuda ha caído sólo en la situación de peligro (es decir está perdido, se encuentra desamparado o amenazado por un peligro cualquiera contra su vida, su integridad o su salud) y por su propia responsabilidad (ha provocado la situación de peligro, con dolo, con culpa o simplemente le es objetivamente imputable a su propia esfera de acción) *no será extraño* al peligro. Así no tendrá derecho de injerencia en la forma de estado de necesidad agresivo (no tendrá derecho de injerirse en la esfera de libertad y de derechos de un inocente).

Pero una persona cualquiera que ve que otra está en peligro de vida o de integridad física, sí que tiene el deber de ayuda o de auxilio no derivado del deber general negativo (de soportar la injerencia, que no tiene), sino del deber general positivo que prevé el art. 108 del CPA.

|                                                                                                                                                                                                                                          |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Por ello es que si se la niega o se opone, responde por la infracción (muy menor) del art. 108 del CPA. Pero sólo si la vida o la integridad física del necesitado están amenazados. De lo contrario, su oposición no será antijurídica. |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Otra cosa es si está justificado el mal que provoca a un inocente en virtud de ese auxilio o socorro. Se dirá que sí, y que ello resulta evidente en tanto el tercero auxiliador está cumpliendo con un deber que la ley le impone (justificación por cumplimiento del deber, art. 34.4 del CPA). No resulta para nada evidente, no por cierto que no tenga el deber, que lo tiene, sino que tenga el derecho (nacido de ese deber) de injerencia en la esfera de un inocente. No existen razones ni jurídicas ni sistemáticas para afirmarlo. Ayúdalo, que es tu deber, pero no involucres a un inocente en ello. Si lo haces, debes respetar los límites que a la injerencia en la esfera de un inocente imponen los principios de autonomía individual y de dignidad de la persona humana. Es decir que mi propuesta en casos de auxilio o de socorro de terceros con afectación de un tercero inocente, es que se respeten esos límites merced a la

conurrencia en el caso de las condiciones que hacen posible transformar un deber fuerte de no injerencia o un deber mínimo general (de auxilio o de socorro), en un *derecho como potestad o como facultad* (es decir en un derecho mínimo, subsidiario y bien excepcional).

Finalmente si el peligro no es reconducible a nadie, no es responsabilidad de ninguno, pero sí *casus* para el necesitado (es decir que el sujeto en peligro es, a lo menos, competente mínimo por el peligro que a él le tocó) éste es quien debe, en principio, solucionarlo solo. Pero si otra persona lo encuentra en peligro *para su vida o para su integridad física*, tiene, de nuevo, el deber de auxilio derivado del deber general positivo previsto en el art. 108 del CPA, con los límites señalados recién para el caso de la injerencia en la esfera de libertad de un inocente.

Con ello, respecto a la solidaridad en nuestro sistema penal lo que tenemos es lo siguiente:

**Para situaciones de estado de necesidad agresivo:** un derecho como potestad o facultad subsidiario, excepcional y mínimo de injerencia en la esfera de un inocente y, como correlato, un deber de tolerar la acción de salvaguarda del necesitado por el peligro que lo amenaza, pero subsidiario, mínimo, muy condicionado y reducido a situaciones muy excepcionales.

**Para el deber general de socorro del art. 108 del CPA:** una expectativa, que es un derecho de parte del necesitado de ser socorrido por cualquiera pero sólo en tanto su vida, su integridad física (su salud física o psíquica) estén en peligro y cualesquiera fuera la fuente de ese peligro. Un derecho que nace del deber positivo general que impone la ley en el art. 108 del CPA y que encuentra fundamento en el reconocimiento de la dignidad del otro. Y para el tercero auxiliador un deber de ayuda o de auxilio al necesitado que sólo permite la afectación típica (la injerencia) en la esfera de un inocente, si se cumplen las condiciones que permiten hacer aparecer el derecho mínimo como potestad o como facultad.

### **¿Pero qué clase de deberes y de derechos son esos y qué extensión tienen?**

Volvamos a la distinción de Hohfeld y a las tablas de la que ya nos hemos valido.

Aunque estoy tentado a usar otros términos de cada una de las dos familias que nos presenta Hohfeld (por ejemplo, para “deber” el de “carga” y para el “derecho” “expectativa”) creo que bien me puedo mantener en los términos de los grupos que él presenta y que hemos estudiado.



Y entre esas relaciones entre el necesitado de auxilio y el auxiliador necesario en los términos del art. 108 del CPA y según la propuesta de Hohfeld, la que me parece más atinada es, de nuevo (tal como para los supuestos de estado de necesidad agresivo), la de *derecho como facultad o potestad para el necesitado y deber como sujeción (o como carga) del auxiliador*.

Ello por dos razones. La fundamental, es que en un sistema respetuoso de la libertad y conforme lo venimos sosteniendo, lo que determina las posiciones jurídicas de cada uno *vis a vis* el otro es, primero, el principio de responsabilidad derivado del principio nuclear de la autonomía individual. La entrega, el aporte al otro, es excepcional y subsidiaria. Y en el caso del obligado a prestar el socorro o el auxilio necesario en los términos del 108 del CPA, ninguna responsabilidad lo une con el peligro que afecta al tercero necesitado. Es un completo extraño, hasta que deja de serlo en virtud del deber legal (distinta claro, es la situación del sujeto activo en el art. 106 del CPA (abandono de persona), en el que tiene un deber especial de salvaguarda de aquel en peligro, porque reviste un rol o una posición institucional especial o por asunción. Y también distinta es la consecuencia: pena de prisión.

El otro, menos importante, es que estos supuestos no se refieren a “acciones en general” sino a acciones que están previstas en normas jurídicas como antecedente para la producción de ciertos efectos normativos. Así recordemos, “*A tiene una potestad o facultad si y sólo si A tiene la competencia para modificar sus relaciones jurídicas o su propia posición jurídica (derecho subjetivo) y también la de terceros*”.

La posición jurídica que tiene A (el necesitado) respecto de cualquier otro, es la del deber negativo (respeto por la separación de esferas y obligación de no injerencia). Pero, merced al peligro al que está expuesto, *tiene la competencia para modificar su relación jurídica respecto de ese tercero*. Recordemos que un derecho como potestad o como facultad puede alterar los derechos de primer grado (en este caso, el derecho como pretensión – es decir fuerte- derivado del *nemimen laedere*, es decir un derecho negativo).

Recordemos también uno de los casos que pusimos al ilustrar este binomio: “El estado de Massachusetts tiene el derecho como potestad (o como facultad) de convocarme como jurado para un juicio (pero únicamente) si es que vivo en Massachusetts (para ello –sólo- debe seguir el procedimiento previsto por la ley de convocatoria a jurados)”. Tiene el derecho de sacarme de mi cama y de mi mundo (familia, trabajo etc.) para ir de jurado, varios días, y de

obligarme a ello, aunque no quiera, bajo sanción (ignoro cual sea pero imagino que una de multa, como la que prevé nuestro art. 108 CPA).

Así, la relación jurídica inicial de separación de esferas se modifica ora porque el sujeto necesitado requiere el auxilio o porque la situación que obliga a la prestación del deber “se le aparece” al llamado al auxilio necesario que “la encuentra” (en palabras de la ley). Tenemos entonces en el caso, una previsión jurídica que así lo manda y un contexto determinado de hechos y de ciertas reglas (en el tipo legal) que habrá que observar para que el *derecho* pueda ser reconocido y el *deber* demandado (es decir, para someter al obligado a la prestación a una acción que de no existir la previsión legal o ese contexto determinado de hechos y de reglas determinativas no estaría legalmente obligado a cumplir).

Sí: la omisión de auxilio o de socorro del art. 108 del CPA genera una legítima expectativa jurídica de salvamento a quien se encuentre en una situación de peligro para su vida o para su salud. Pero esa conducta se validará si, y sólo si, concurren en el caso, el conjunto de condiciones necesarias y suficientes establecidas por una regla determinativa. Y he aquí, de nuevo, la cuestión relevante:

*¿Cuales serán esas condiciones necesarias y suficientes para que un sujeto pueda reclamar la ayuda necesaria -el auxilio activo- que prevé el art. 108 del CPA y el llamado el deber de proveerlo?*

Son las siguientes:

a) que el sujeto necesitado sea uno aquellos que describe el tipo penal (menor de 10 años perdido o desamparado; o una persona herida o inválida o amenazada por un peligro para su vida, su integridad física o su salud).

b) que esté sometido a la situación que describe el tipo penal: perdido, desamparado o necesitado de un auxilio para su vida, su integridad física o su salud.

c) Cualquiera que sea la razón por la que ese sujeto está en peligro (propia culpa, culpa de un tercero o *casus*).

d) que el auxilio que se demanda sea *exigible* (es decir que no entrañe un peligro para el auxiliador, y que también resulte posible) para el sujeto llamado a su prestación. En caso contrario, el sujeto llamado al auxilio deberá operar la alternativa que la ley prevé: dar aviso a la autoridad.

e) que el llamado por la ley al auxilio en los términos del art. 108 del CPA, no se injiera en la esfera de libertad de un inocente, salvo que concurren las condiciones que transforman ese deber en un derecho mínimo, subsidiario y excepcional.

Si esas condiciones *no se cumplen el sujeto necesitado será incompetente* para demandar el auxilio que reclama (ver tabla de opuestos).

Si concurren, el necesitado tendrá un *derecho como potestad o como facultad* para demandar el auxilio que precisa (un derecho mínimo basado en el reconocimiento a su condición de persona, es decir de igual y el auxiliador estará sujeto (tendrá la carga) de cumplir con un deber también mínimo (que no lo exponga personalmente a un peligro ni a una pérdida significativa para su libertad o para su dignidad). Y, si ése es el caso, el deber, ahora ineludible, de reclamar el auxilio de otros (el de la autoridad).

**Caso:** se irrumpe violentamente en la casa de un tercero causando daños en el inmueble para salvar a una persona que se encuentra en peligro.

Ahora comparémoslas con las condiciones que hacen nacer el deber de tolerancia o de sacrificio para el inocente en situaciones de necesidad agresivas:

- a) Que el sujeto necesitado esté en peligro para cualquiera de sus bienes o interés.
- b) Que haya sido extraño a ese peligro (que no le sea ya objetivamente imputable).
- c) Que si el peligro que lo amenaza reconoce fuente responsable detrás, el necesitado reaccione contra ella.
- d) Que, si puede, y si el peligro reconoce fuente en naturaleza o un responsable que no resulta identificable (*casus*) el necesitado resuelva la situación sólo sin comprometer a un inocente.
- e) Únicamente como excepción, para el caso de que no pueda dirigir su salvaguarda contra la fuente responsable del peligro (o ella se muestre insuficiente o ineficaz) podrá transformar el deber fuerte de no injerencia que lo vincula con un inocente en un *derecho mínimo como facultad o potestad* de injerencia en su esfera de libertad.
- f) El inocente tendrá un deber mínimo de entrega o de sacrificio en la medida de que su autonomía esencial y ninguno de sus intereses vitales esté en juego, es decir sólo si el sacrificio que se le demanda implica una dación menor en términos de autonomía o de dignidad. Básicamente, referida a prestaciones menores en términos de patrimonio o de libertad.

En muchos de los supuestos paradigmáticos de omisión de socorro se da esa correspondencia:

- a) el ciego camina hacia un pozo. El tercero (inocente) puede ayudarlo simplemente guiándolo hacia el camino seguro sin pérdida alguna de su libertad sustancial (sólo se distraerá de su camino unos segundos).

- b) El niño se ahoga a poca distancia del bañista tomando el sol con su cuerpo semi sumergido. Tampoco estirar su brazo y salir de esa situación de comodidad implica una pérdida significativa de libertad.
- c) El dueño de la cabaña no puede negar al montañista perdido y con riesgo de morir congelado asistencia en términos de cobijo o de alimento.
- d) Quien encuentra a una persona tirada en la calle y con peligro de vida o de integridad física existan o no pasantes cerca, debe auxiliarla si ello no compromete su propia seguridad física (no lo pone en peligro) ni su autonomía en términos significativos (i.e. llevarlo al hospital le demandaría un tiempo que no tiene). En esos casos debe llamar a la autoridad.

## Capítulo XIII. *Casum Sentit Dominus* como principio liberal.<sup>658</sup>

### 1. Introducción al *casus*:

La vida nos depara alegrías y amarguras, éxitos y fracasos, suerte y desgracia. Algunas personas resultan más favorecidas que otras, ya desde la cuna, o porque se lo merecen (por inteligencia, capacidad, esfuerzo, trabajo) o porque, simplemente, tuvieron más suerte que otras. Pero no vivimos solos. Como seres sociales compartimos un “mundo en común”. Al Derecho se le asigna, como función principal, la de distribuir las cargas sociales en situaciones de conflicto intersubjetivo de una manera pretendidamente justa, dando a cada cual lo que merece y en su justa proporción o medida. Pero no alcanza. Y entonces ya es el Estado todo quien dependiendo de su orientación (más o menos liberal, más o menos social) viene a mediar en la cuestión y a “repartir” intentando corregir las desigualdades naturales o sociales. Al final de eso trata también, en esencia, el sistema de causas de justificación por necesidad: de atribuir los costes de los peligros o de los males *a aquel que lo merece* (responsabilidad), y, a falta de candidato, *de repartirlos* (solidaridad). Y de allí también, según lo venimos explicando, los reparos que despierta desde una visión liberal de las cosas.

Algunos males que nos amenazan o dañan derivan de la naturaleza, del azar o del destino y pueden caerme a mí o a un tercero (el rayo aterriza justo en mi casa; *ese* perro viene a morder precisamente mi pierna entre las decenas que tiene para elegir en la plaza; el sujeto que camina luego de una lluvia pesada, resbala y se rompe la rodilla). En otros casos, verificado el suceso (un ciclista atropella a un peatón y le lastima el brazo) nos ponemos a comprobar si *alguien* (el causante, la víctima o un tercero) es responsable por él. Es decir si *podría haber hecho algo* para evitarlo o para reducir su gravedad: por ejemplo, ser más precavido, hacer lo que no hizo, o no hacer lo que hizo.<sup>659</sup> Si ese daño puede serle *imputado* a la propia víctima (responsable o corresponsable por él) o a un tercero (al que “tuvo la culpa”,

---

<sup>658</sup> Este capítulo fue publicado, con alguna modificación y con el título “El principio del *casum sentit dominus* y su doble rendimiento: como límite a las posibilidades de acción (propias y ajenas) y como fundamentador de la competencia por el peligro”, en AA.VV, *Derecho Penal y Persona, libro Homenaje al Prof. Dr. h.c. múlt. Jesús María Silva Sánchez en su 60 aniversario*, coord. García Cravero y Chinguel Rivera, Ed. Ideas, Lima, 2019, p. 367 a 388.

<sup>659</sup> SALVADOR CORDECH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *InDret*, 1/2005, 3.

o al titular de la cosa riesgosa, por ejemplo) y en qué se traduce esa responsabilidad (resarcimiento, reparación, pena).<sup>660</sup>

Pero ¿qué sucede cuando no existe un responsable por el daño, no hay nadie a quien se lo podamos imputar o cargar a su cuenta? La regla, por cierto, no es ni puede ser la transferencia a un extraño, o la atribución del daño a una esfera distinta de aquella en donde se constató. El sistema de Derecho no socializa la suerte, tampoco parece razonable, ni justo, que nos mande a repartir o a socializar la desgracia.<sup>661</sup>

Examinemos la rama del derecho que se ocupa de regir las relaciones horizontales, las relaciones entre personas. El derecho civil de daños se estructura sobre una idea exactamente contraria a la de la transferencia: cuando no existe un responsable por el daño (se trata de puro accidente, de naturaleza) o éste no se encuentra (*NN* destruye mi propiedad y desaparece), el afectado por el peligro o por el daño debe, en principio, asumirlo: *casum sentit dominus o, como dicen los sajones “loss should lie where it falls, except where a special reason can be shown for interference”*.<sup>662</sup> El propietario es quien debe cargar con el riesgo de un accidente o de un deterioro accidental que haya resultado en un daño para él mismo.<sup>663</sup>

*El casus* es, en principio, *accidente* (bien un fenómeno natural, “acto de Dios” - relámpago, inundación-, o un infortunado concurso de mala suerte). La palabra significa también *desgracia, infortunio, destino, adversidad, algo no previsto (unforeseen) o que, previsto, no pudo ser evitado*.<sup>664</sup> Pero fundamentalmente, más allá de la extensión y el

---

<sup>660</sup> Producida la infracción de una norma de conducta, se constata la presencia de un daño que es aquello que habilitaría la reacción penal y la obligación de compensar (ROBLES PLANAS, “Introducción a la edición española”, en AAVV “Dogmática de los límites al Derecho Penal”, 27).

<sup>661</sup> Así COCA VILA, “Conflicting duties...”, 52: “This is certainly fair within the framework of a legal system that also privatizes and recognizes that an individual can enjoy his good fortune privately”. Véase mi diálogo con Ticio, *infra* Cuarta Parte, Capítulo XIII, punto 3.

<sup>662</sup> HOLMES, Oliver Wendell Jr. “The Common Law”, Little, Brown & Co, Mass. 1881; tomo la cita de SALVADOR CORDECH Y GÓMEZ LIGÜERRE, “El Derecho de daños...”, 23.

<sup>663</sup> La máxima de Ulpiano recogida en el Digesto dice: “*De aquello que sucede sin culpa no responde nadie*” (*Quae sine culpa accidunt, a nullo praestantatur*, Dig. 50, 17, 23 Ulpiano). Y “*de los accidentes y la muerte de animales, si suceden sin culpa, así como de la fuga de los esclavos que no suelen estar atados, de los robos, tumultos, incendios, inundaciones y asaltos de bandidos, no responde nadie*” (D. 50, 17, 23. Ulp. 30. Sab.). Pero ya mucho antes del Digesto, el jurista Alfenus (s. 1 a.c.) cuando fue consultado por el propietario de un esclavo que se quebró una pierna durante un juego si podía litigar conforme a la ley Aquiliana, rechazó rotundamente esa posibilidad porque “*el infortunado evento debe ser considerado el resultado de un accidente (casus) antes que de la culpa*” (JANSEN, Corjo “Accidental harm under (Roman) civil law”, en “The Challenge of Chance”, K. Landsman and E. van Wolde (eds.), The Frontiers Collection, 2016, DOI 10.1007/978-3-319-26300\_13, 233 a 247, aquí, 238 con cita de D. 9,2,52,4: *Respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum*).

<sup>664</sup> Para todas estas acepciones de la palabra, ya en las fuentes Romanas, JANSEN, “Accidental harm...”, 241. En la legislación de nuestros dos países: El art. 1105 del Código civil Español dice: “*fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables*”. El art. 1730 del Código Civil y Comercial Argentino dice: “*Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza*

contenido que podamos dar al vocablo, son casus aquellos supuestos en los que el daño *no puede ser reconducido a la culpa de un tercero*<sup>665</sup>, eventos que se relacionan con aquello que nos toca (o “que nos pasa”) por fuera o más allá de un acto autónomo, de la voluntad o de la intervención humana de otro a la que se lo podamos imputar. O, mejor expresado: “*todo aquel acontecimiento lesivo no atribuible a un acto autónomo*”.<sup>666</sup>

**Dominus** del *casus* es aquel que sufre el accidente (el daño, el infortunio, la desgracia, el mal, el peligro) que resulta puramente del azar o del destino o que no se puede atribuir, por las razones que fueren, a alguien en concreto.<sup>667</sup> *The owner of the casus is the party suffering the damage*”.<sup>668</sup> Es o bien el titular de la cosa que, de forma imprevista o aún imprevisible, desencadena el peligro, o aquel a quien primero el infortunio afecta, “le pasa” o “le cae”.<sup>669</sup> Él es quien, para el Derecho, debe asumir y sufrir las consecuencias, salvo que ese daño sea reconducible a la esfera de otra persona (porque le es atribuible, o imputable) o porque alguno

---

*mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ como sinónimos”.*

<sup>665</sup> JANSEN, 241.

<sup>666</sup> COCA VILA, *La colisión...*, 380 a 411. En 388: “*aquellos acontecimientos no reconducibles a ningún acto de voluntad humana*”... En 389: “*... consecuentemente se define la noción de accidente de un modo negativo, como todo aquel acontecimiento lesivo no atribuible a un acto autónomo*”.

<sup>667</sup> La atribución del título de *dominus*, resulta una cuestión muy controvertida. La mayoría entiende que ella es meramente causal; otros (Coca Vila) que depende de varias decisiones normativas. No entraré aquí en esa discusión fundamental, porque no resulta trascendente para lo que quiero decir (extensa y con citas, COCA VILA, *La colisión de deberes ...*, 399 a 408). De todas maneras ver cita más abajo.

<sup>668</sup> JANSEN, 244.

<sup>669</sup> Coca Vila sostiene en su tesis algo similar: “la desgracia la soporta el sujeto al que primariamente afecta, sin que éste tenga, en principio, una pretensión de socialización del daño” (COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 310). Pero luego en alguno de los ejemplos que pone en “Coches...”, defiende una posición contraria con la que no puedo, esta vez, coincidir. Se trata del caso en el que el ocupante del coche auto-pilotado sólo puede salvar su vida si el coche se dirige a un carril de frenado de emergencia. Pero resulta que allí juegan con la arena dos niños que morirán con total seguridad si son atropellados. Coca Vila afirma que el conductor no es el *dominus* del *casus*, porque lo que hace es proseguir la gestión de esferas jurídicas de modo neutral, *no extravagante*, tal y como estaba previsto, de forma más o menos automática. La variación del curso causal como conductas ubicuas, cotidianas o previsibles no constituyen, afirma, una desviación del sistema de rutina sino simples actos de exposición de terceros a un mal preexistente. Sostiene el autor que son los niños, en realidad, los *domini* del *casus* porque no pueden exigirle al conductor que no ejecute una maniobra evasiva que sólo puede ser vista como un ejercicio estándar de la libertad de actuación en el ámbito de la propia esfera. Y, como en el caso, la pretensión de salvación de los niños sólo existe en la medida en que su interés sea sustancialmente superior que el del conductor (y hablamos de vidas humanas y de su imponderabilidad), concluye que los niños pueden ser arrollados por el conductor. (COCA VILA, “Coches...”, 263 a 265).

A ello contesto: a) los niños no exigen ni pueden exigir nada; b) el conductor es quien se expone a la situación de conducir; c) de conducir, por lo demás, un automóvil del que ni siquiera tiene el control total, y en este caso concreto sólo le queda un mínimo control “final”, el de dirigirlo o no hacia los niños para salvarse él mismo; d) el único *dominus* del *casus*, en este supuesto, es el conductor. Debe afrontar él mismo “el riesgo que le tocó o le cayó”, no por estar jugando en la arena en lugar no favorable –aunque si los niños juegan con la arena y allí estaban, es porque fácilmente podían acceder... y si fácilmente podían acceder, no parece la de los niños una presencia “imprevisible”. Sino por estar al volante de la cosa peligrosa que se ha descontrolado. e) Su conducta de desviar el automóvil hacia los niños matándolos, no estará jamás justificada por estado de necesidad (respeto a la dignidad de la persona humana, argumento de la imponderabilidad); f) y mi hija María, me sugiere que si existe un lugar de escape de la autopista de esas características, el conductor bien podría esperar al próximo...

asumió contractualmente el riesgo de soportarlo (una aseguradora de riesgos).<sup>670</sup> ¿Y qué podemos esperar del *dominus*? Pues que tenga la fuerza suficiente para resistir, sin ayuda externa, el mal que un acontecimiento o un tercero no culpable genera”.<sup>671</sup> Y esa es una expectativa general, que además de muy razonable y legítima, deriva directamente del principio de autonomía individual y del mandato del *alterum non laedere*. Todos esperamos que cada cual cargue con los riesgos que la vida le depara y que los resuelva como mejor pueda. Y estamos llamados a lo mismo.<sup>672</sup>

Se trata de un principio del Derecho con fuerte tradición histórica (derecho privado romano, ya antes puede reconocerse en el Código de Hammurabi)<sup>673</sup> y de enorme importancia y actualidad en la cultura jurídica occidental, especialmente en el *torts law* sajón y el derecho de daños continental.<sup>674</sup> Pero que, salvo algunas excepciones, ha sido poco trabajado por los penalistas de habla hispana.<sup>675</sup> Este principio *de atribución de responsabilidad civil* (de *imputación*)<sup>676</sup>, ha sido aprovechado por la doctrina penal a la hora de fundamentar soluciones

---

<sup>670</sup> *It is the owner who has to bear the risk of accidental loss or destruction and, except by way of insurance, he cannot shift the risk onto somebody else's shoulders ...* (HONORÉ, Tony, “Responsibility for harm to others”, *Legal research paper series*, april 2014, paper 57/2014, University of Oxford., 240). Y “*This remains true as long as there is no specific reason to shift the loss*”. (JANSEN, 238)

<sup>671</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 389 y nota 291.

<sup>672</sup> Se aceptan colaboraciones voluntarias, actos de solidaridad, de altruismo o hasta de abnegación. Se permite la defensa del agredido y el auxilio del necesitado. Pero se impone un deber mínimo de solidaridad “mediada por el Estado”, surgido del reconocimiento mutuo de nuestra condición de personas.

<sup>673</sup> Lo cierto es que ya antes de los romanos, si uno revisa el Código de Hammurabi (1728 a.c. a 1686 a.c.), entre las 282 leyes que componen el cuerpo principal, puede reconocer fácilmente varias que responden a este principio de que el daño lo soporta el titular de la cosa cuando no existe responsabilidad de un tercero. Así, por ejemplo, la ley 244: “si uno alquiló un buey o un asno y si en los campos el león los ha matado, la pérdida es para el dueño”. O la ley 249 “si uno alquiló un buey y si Dios lo golpeó (si ha muerto), el hombre que tomó el buey en alquiler, jurará por la vida de Dios, y será libre”. (Ataque de un animal furioso), ley 250: “si un buey furioso corneó en su carrera a un hombre, y éste murió, esta causa no trae reclamación”. Pero si el dueño del animal conoce el peligro... sí: ley 251: “Si el buey de un hombre ataca con el cuerno, y el hombre conocía por ello su vicio y no le hizo cortar los cuernos ni lo ha trabado, si el buey ataca con los cuernos a un hombre hijo de un hombre libre y lo mata, dará media mina de plata”. La ley 266: “Si en el establo se ha producido un golpe de Dios o un león ha matado, el pastor se purificará ante Dios y el dueño del establo aceptará el daño del parque”. (CÓDIGO DE HAMURABI, ed. de Castro Dassen y González Sánchez (a partir de las traducciones de Scheil), Librería del Jurista, Buenos Aires, 1982).

<sup>674</sup> JANSEN, 234 describe la importancia del principio tanto para el derecho europeo continental como para el Common Law. Respecto del primero, los dos Códigos civiles más importantes e influyentes (el Francés de 1804 y el Alemán, de 1900) lo incluyeron, y también los países a los que sirvieron de modelo. El Francés: a España, Portugal, Bélgica, Holanda, las colonias francesas y países de Sudamérica, (la Argentina, entre otros). El Alemán: a Grecia y Japón. Por otro lado el Common Law inglés también fue directamente influenciado por el Derecho Romano y por esta regla y el 40% de la población mundial (EEUU, Australia, Nueva Zelanda, India, Pakistán y otras colonias y ex colonias inglesas) están vinculadas al Common Law. Así la idea de que *loss should lie where it falls*, está bien vigente y es reconocida, prácticamente, en el mundo entero.

<sup>675</sup> El mejor y más completo desarrollo de este principio, en castellano es, hasta donde alcanzo, el de COCA VILA en su tesis doctoral *La colisión de deberes...*, 380 a 411. Obligatorio también resulta examinar, por supuesto, la obra de Baldó.

<sup>676</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 390 y nota 298: “Se trata de un principio de imputación y, por lo tanto, algo más que una mera consecuencia derivada de la naturaleza de las cosas... El axioma esconde una decisión normativa de gran calado. No es expresión de la resignación frente al infortunio sino de un liberalismo político



a conflictos intersubjetivos que dan lugar a situaciones de necesidad (Baldó) o a conflictos de deberes (Coca). Yo creo que puede dar mucho más de sí y podría servir también para otros fines: v.gr. la fundamentación del deber de tolerancia (especial, preferente, mínimamente) cualificado del sujeto del cual parte (sin culpa) el peligro en estructura de estado de necesidad defensivo, o como uno de los criterios para afirmar la prevalencia de la estructura de estado de necesidad defensivo sobre el agresivo y el consecuente *deber del necesitado* de optar por la defensa antes de elegir la agresión (la injerencia dolosa) en la esfera de derechos y de libertad de un absoluto extraño al mal que amenaza.

Pero presentemos al personaje estelar, el principio del *casus*, y a su fundamentación.

## **2. “Debo asumir, en principio, lo que me toca. La *transferencia*, es excepcional y subsidiaria”.**

Los hombres tenemos, por lo general y salvo virtuosas excepciones, la inclinación natural no sólo de culpar a otro/s de nuestras desgracias, accidentes o problemas, sino también la innoble pretensión de que carguen con ellos.<sup>677</sup> Y la verdad y en virtud del principio de autonomía, es que, en principio, es decir si no existe una *buena razón* para la transferencia, lo legítimo y lo justo es que cada cual enfrente, como mejor pueda, su suerte y su destino. En realidad, la transferencia del accidente desde la esfera de libertad en la cual se verificó hacia un tercero no es la regla sino la excepción; **constituye una solución subsidiaria.**<sup>678</sup> Se trata de un razonamiento elemental de justicia, que viene a expresar la obviedad de que todo el mundo ha de soportar “el riesgo general de la vida” y que “no se puede desplazar sin más ese riesgo a otros sujetos privados” si el traslado de ese riesgo a otro sujeto no puede justificarse normativamente.<sup>679</sup>

---

que cristaliza en el levantamiento de barreras normativas entre las esferas jurídicas de los miembros de una misma comunidad”.

<sup>677</sup> Postulo que el acentuado desprecio de la versión defensiva del estado de necesidad y la elección por el necesitado de la opción agresiva, tiene que ver con ello.

<sup>678</sup> Así COCA VILA, 383 con cita de Neumann: “el ordenamiento jurídico garantiza a cada individuo la inviolabilidad de sus bienes jurídicos frente a las injerencias activas por parte de terceros. Sin embargo no garantiza, ni tampoco puede hacerlo, el mantenimiento de los intereses frente a riesgos que traen causa en la desgracia o el accidente. Tales menoscabos los ha de soportar aquel a quien el destino ha señalado, lo que significa a su vez, que nadie puede desplazar a terceros los menoscabos que le amenazan para proteger sus propios intereses. Así las cosas, el parágrafo 34 StGB (estado de necesidad agresivo) se presenta como una institución excepcional, que viene a limitar la autonomía del sujeto a quien afecta la acción necesaria por razones de solidaridad. Este carácter excepcional se plasma en el estricto baremo de justificación del § 34 StGB, esto es en la exigencia de una preponderancia esencial entre los intereses salvados frente a los lesionados. Sólo bajo esta estricta condición es admisible la relativización del principio de autonomía.”

<sup>679</sup> Postura mayoritaria que describe, COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 390. Bockelmann/Volk, dicen: no sólo la ética individual, sino también la ética social exige que, en la medida de lo tolerable, se soporten los daños

Estamos llamados a enfrentar los riesgos de nuestra existencia, a asumir la responsabilidad de *aquello que hacemos* y también a soportar *aquello que nos pasa*. Ello incluye, por cierto, cosas que nadie quiere como la enfermedad, la pérdida de un empleo, de un amigo o de un pariente, entre otras congojas. Ese “tener que hacer frente” a las vicisitudes e infortunios que nos depara nuestro destino, ese “tener que adaptarse” a los riesgos, es una forma natural (pre-legal) de responsabilidad.<sup>680</sup> Que el daño accidental deba ser soportado por quien lo sufre resulta un principio legal y moralmente justificable.<sup>681</sup>

Y, si debemos asumir aquello que nos toca en suerte, ¡tenemos, también, que resolverlo! La amenaza de un mal que se cierne sobre nosotros debe ser, en principio, resuelta mediante la gestión del afectado por el peligro, por ejemplo soportándolo o devolviendo el peligro a su fuente. En toda aquella clase de estado de necesidad en los que no existe un sujeto responsable (pleno o preferente) por el peligro que amenaza (en los que la responsabilidad no se puede transferir), la regla es que cada cual debe cargar con los peligros que amenazan su propia esfera de intereses. Porque nadie puede pretender que se le permita la salvaguarda o la conservación de intereses propios a costa del sacrificio de intereses de sujetos no involucrados inicialmente en la situación de conflicto.<sup>682</sup> Y viceversa, todo sujeto ajeno al peligro posee una legítima expectativa a no verse afectado por acciones de salvaguarda.

De todos modos, ello obliga a hacer algunas matizaciones: a) el *dominus* del *casus* (aquel a quien el peligro “le viene” sin que exista un tercero responsable por él) *no es responsable* del peligro en sentido fuerte.<sup>683</sup> *Sí resulta competente* para soportarlo o para la solución de la emergencia, a falta de otro candidato mejor y; b) el Derecho no lo deja sólo frente a la desgracia. El necesitado puede transferirla a otro, pero sólo si existen *buenas razones* para ello. En primer lugar, la transferencia resulta la opción indicada si existe un mejor candidato para la imputación del riesgo (porque posee un vínculo *más fuerte* por el riesgo – responsable- que aquel que exhibe el *dominus del casus: competente*).

---

propios en vez de repelerlos por medio de la causación de daños a otros”. (BOCKELMANN, Paul/VOLK, Klaus, *Derecho Penal, Parte General*, 213).

<sup>680</sup> HONORÉ, Tony, “Responsibility for harm to others”, *Legal research paper series*, abril 2014, paper 57/2014, University of Oxford.

<sup>681</sup> JANSEN, 245.

<sup>682</sup> El tercero inocente sobre el que recae la acción de salvaguarda en estado de necesidad agresivo, no está inicialmente involucrado en la situación de conflicto... El necesitado lo arrastra a ella.

<sup>683</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Derechos de necesidad agresiva...”, LH-Rodríguez Mourullo, 1013: “si entendemos que el responsable en sentido fuerte es el *dominus* y que, por tanto, él debe soportar el *casus*, vaciamos de contenido el principio”.

Conforme hemos examinado supra, el necesitado tendrá derecho (de salvaguarda y, por tanto, de injerencia) máximo o fuerte (un *derecho como pretensión* o un *claim right*) frente al sujeto responsable pleno por el peligro (estructura de legítima defensa). Y éste, a la vez, el correlativo *deber máximo de tolerancia (duty)*. Y, frente a aquel también responsable, aunque en menor medida, por el peligro (responsable preferente, es decir, sujeto al que el peligro le es, a lo menos objetivamente imputable) *un derecho medio* (de salvaguarda y, por tanto, de injerencia en su esfera de libertad), es decir *un derecho como privilegio (a privilege right)* del que podrá hacer uso, o no según libremente lo decida (principio de autodefinición de intereses propios derivado del principio rector de la autonomía individual). Y, como correlato, el *responsable preferente* por ese peligro, tendrá un *deber de tolerancia medio* (un *deber de no impedir la acción de salvamento emprendida a su costa por el necesitado*. Es decir un “*no derecho*” (*no right*) frente a la respuesta si acaso el necesitado la intenta (estructura de estado de necesidad defensivo).

Y, si no existe un responsable por el peligro al que transferir la respuesta, sigue siendo el *dominus* el competente primario para la solución de la emergencia.

De todos modos, el Derecho le habilita a quien se encuentra en peligro una última y excepcional salida, sólo en caso de necesidad (haciendo operativa la cláusula de la subsidiariedad, v.gr. la salvaguarda frente al mal en términos de estado de necesidad defensivo aparece *ex ante* como imposible, ineficaz, o inútil): *el derecho como facultad o como potestad* de actuar contra un completo inocente.

Ese derecho es, en mi propuesta, *un derecho mínimo* (de salvaguarda y, por tanto de injerencia en la esfera de libertad del tercero inocente). Será un *derecho, como potestad o como facultad, si y sólo si concurren todas las condiciones necesarias ya enumeradas*. Así el necesitado podrá excepcional y subsidiariamente apelar a la ayuda, al aporte o a la entrega del inocente con fundamento en la dignidad, pero en términos muy limitados. Y, como correlato, el tercero inocente llamado o convocado al sacrificio, tendrá *un deber de tolerancia mínimo* (basado, también en el respeto y el reconocimiento del otro como persona, en su dignidad) si y solo si TODAS y cada una de las condiciones se verifican. En caso de que alguna no concurra, el derecho mínimo de salvaguarda o de injerencia no podrá ser ejercido (el necesitado no estará habilitado a transformar esa relación interpersonal mediada por el conflicto y por tanto, no le estará permitido violar el deber negativo (*neminem laedere*) y, por tanto, la acción ilegítima (no permitida) constituirá una agresión antijurídica, pasible de ser

contestada (atajada o repelida) en los términos del estado de necesidad defensivo (mal igual o algo mayor).

### 3. Excurso: Diálogo con Ticio “*good luck, bad luck*”. ¿Y si eliminamos la desgracia mediante el reparto?

(Entra Ticio, recoge mis dos últimas hojas, las examina con detenimiento, me mira; muy serio...).

T: Hola Alejandro, parece que necesitas hablar conmigo.

A. Sí, estoy un poco confundido. Bastante convencido pero, a la vez, cauto (o algo temeroso) por las consecuencias a las que mis elucubraciones me conducen.

T. ¡Me lo imagino! Por lo que veo intentas cargarle las tintas al pobrecito necesitado que tiene la mala suerte de que un mal lo amenace.

A. No es tan dramático como lo planteas, Ticio, pero no vas tan mal encaminado. En el fondo, una forma posible de ver las cosas es que en estado de necesidad, el hecho de que a alguno lo amenace un mal es, al final, ***una cuestión de suerte, o de mala suerte***.

T. ¿Te parece?

A. En efecto, el mal acecha, y te acecha *justo a ti*. La enfermedad *te tocó a ti* (y no a tu malvado jefe), el fuego cerca *tu casa* (y no la del vecino) el animal amenaza morder precisamente *tu pierna* (entre las tantas que tenía para “elegir” en esa plaza).

T. Y, en ese planteo, la fórmula del estado de necesidad justificante puede verse como una figura institucional de distribución de la mala suerte. O mejor, de corrección de la distribución aleatoria de esa muy mala suerte. El mal mayor que amenaza se disuelve y tolera mejor entre todos, en tanto causes uno menor. ¡Y aquí estamos quienes compartimos la comunidad para ayudarte! Pues, si me preguntas a mí, eso me parece muy bien.

A. Pero bien se puede interpretar también que la fórmula legal lo que hace, en rigor, *es limitar* y no ampliar las posibilidades de elección: lo que te tocó en suerte pues te tocó a ti, y eres tú quien debe, en principio, resolverlo. Eres *dominus* del problema y garante de la solución, en tanto la desgracia, el infortunio, el accidente (el *casus*) te eligió a ti. Como así también es *dominus* del problema, en su caso, el generador de la fuente de peligro (o de la cual el peligro deriva) y garante de su solución (por el principio de responsabilidad). Mira lo que ha pasado con el “Corona virus”. La indicación, mundial, no es esparcir el mal que te ha tocado. Todo lo contrario, resguardarse, quedarse en casa y asumir lo que nos toque, con la ayuda que el Estado (su sistema de salud) nos pueda prestar.

T. Interesante, me invitas un café o mejor, ya es casi la hora de cenar... una ensaladita? (Uf..., ordenamos).

T. Entonces la suerte juega en tu sistema un rol, ¿debe jugarlo en el Derecho, y en concreto en el *ius necessitas*?

A. Sí, es un dato más del contexto situacional, de la realidad, a mi juicio muy relevante.

T. Pongámoslo en términos extremos, a ver si eso nos conduce a algún lado. Como cuando discutíamos sobre los extremos del libre albedrío y del determinismo en la Facultad, lo recuerdas?<sup>684</sup>

A. Claro que sí, cómo olvidarlo. Me parece un buen ejercicio. Empiezo yo: imaginemos ***al mundo de la libertad total:***

Cada uno va por allí a su aire y cargando con su propio destino. Supongamos que la desgracia le tocó al agricultor de la sociedad primitiva, que sólo se mantiene merced a su producción de remolachas. El fundo se le inundó por completo, produciendo una pérdida total. ¿Qué harían los habitantes de su grupo o pequeña tribu? ¿Lo dejarían con su pérdida soportando las consecuencias y el futuro que lo acecha (el hambre por ejemplo), o se solidarizarían con él y repartirían su sobrante hasta la próxima cosecha?

T. No lo sé, dime...

A. Pues yo creo que depende. Depende en principio, por ejemplo, de cálculos de utilidad (económicos). Así, por ejemplo, pensemos en “lo que sobra”: ¿realmente sobra o es la ventaja que la tribu obtiene del comercio o del intercambio con otros que les permite la subsistencia o un mayor confort?

Ahora supongamos que no estamos frente a una tribu de agricultores sino de cazadores nómades. Y el mal que amenaza a la mujer que permanentemente se desplaza con la tribu, es el de un nuevo embarazo (que le impediría seguir el camino con los demás). Pues, probablemente, ella mate al niño o lo abandone, y si no, es probable que lo hagan los demás.<sup>685</sup>

T. Bien, me toca a mí. Ahora vamos ***al mundo de la intervención total:***

Aquel en el que cualquier desigualdad es interpretada como un problema del conjunto, que debe ser resuelto por el conjunto. ¿Tienes mala suerte? ¿Los hados o los Dioses no te han favorecido? Pues aquí estamos todos nosotros para corregir la desigualdad. ¿Has perdido la cosecha? “¡Pues para eso somos una tribu!”.

Fíjate que este sistema habilitaría cirugías estéticas para todos los feos, crecimiento asegurado para los bajitos mediante implantes en las piernas, cirugías de cambio de sexo (porque me tocó un pene y quiero lo otro..., porque me siento mujer) y para todos aquellos que lo soliciten. Claro, a cargo de la seguridad social, que todos pagaremos gustosos.

---

<sup>684</sup> Efectivamente, solíamos discutir sobre los extremos deterministas (sobre ese “ente” que nos domina a completa voluntad y ha trazado para nosotros el plan de vida en su totalidad, sin posibilidad de apartamiento alguno) y el extremo libre albedrista (somos seres absolutamente libres e incondicionados). Pasando por los medios, mucho más razonables y confortables; algunas deterministas (el delito es producto de la sociedad no del delincuente a quien debemos proteger, en todo caso) o liberales del “yo soy yo y mis circunstancias” de Ortega y Gasset. Inolvidable para mi, aún hoy, el descubrimiento entonces de la novela “El forastero misterioso” de Mark Twain.

<sup>685</sup> Eso es lo que sucedía, en efecto, con los cazadores recolectores de la edad de piedra o del paleolítico según nos informa el antropólogo Marvin Harris: En tanto los cazadores recolectores mantuvieran baja su población en relación con las presas que les servían de alimento, podían disfrutar de un envidiable nivel de vida. Pero ¿cómo hacían para mantener baja la población? La mortalidad infantil por causas naturales (enfermedades) no alcanzaba un porcentaje suficiente para mantener a raya el crecimiento. Según Harris “del 23 al 35% de toda la descendencia potencial debía ser *quitada del medio*” para alcanzar un crecimiento demográfico aceptable. Durante el paleolítico, el infanticidio pudo haber alcanzado hasta el 50%, cifra que corresponde a los cálculos hechos por Iceph Birdsell, de la Universidad de California, Los Ángeles, sobre la base de datos reunidos de las poblaciones aborígenes de Australia. (HARRIS, Marvin, *Caníbales y reyes, los orígenes de la cultura*”, Salvat, Barcelona, 1986, 12-16).

A. Sí, solidaridad extrema, verdadera fraternidad, vínculos humanos fuertes. Parece que suena bien. Pero se convierte necesariamente en “la imposible utopía”. Acaso fue la de los países del norte de Europa en el *cenit* de su Estado de bienestar. Y sabemos bien cómo terminó aquello.

T. Pero, tiene sus ventajas... Ten en cuenta, por ejemplo, que en este esquema de solidaridad extrema, hasta probablemente las situaciones de necesidad desaparezcan o se reduzcan al máximo. En ese Estado sobreprotector, paternal, ubicuo y omnipresente, nunca faltará la ayuda oportuna que evite la emergencia. ¡Está buena la ensalada Alejandro!, peras, almendras, queso azul y verdes. ¡Excelente! ¿Pero, adonde es que vamos con todo esto?

A. A que, probablemente, y como sucede siempre con los extremos, ninguno de los mundos sea el ideal y habrá que buscar términos medios, que alguno pondrá efectivamente en el medio, y otros más cerca de un extremo que del otro.

T. Acabo de leer un texto de un profesor norteamericano que seguro te gustará. Podemos buscarlo ya mismo y discutirlo, es breve. Aquí está en la web. “*Against Equality*” de Larry Alexander<sup>686</sup> (lo leemos juntos).

A. Sí, estoy bien de acuerdo. Como dice el autor, yo también estoy a favor, por supuesto, de dos tipos de igualdad: la igualdad de los ciudadanos frente a la ley y la igualdad de oportunidades. Pero, decididamente en contra de la pretensión de los partidarios del “*luck egalitarianism*”, “*de que todos seamos de algún modo iguales*”. Ese es al final su punto: si todos somos moralmente iguales, *debemos ser en todo iguales*, el prudente subsidiar al imprudente, el virtuoso al vicioso, el descuidado al cuidadoso, al laborioso al vago. Ello va claramente en contra de la naturaleza humana y conduce más tarde o más temprano al Estado represor. Mira lo que dice el autor: “*when a regime attempts to equalize everyone, it is acting against the grain of human nature. Without incentives—rewards for outdoing one’s peers—productivity inevitably will decline. And to counter that decline and eliminate all the other parochial affinities that human nature produces, the equality-seeking regime will become more and more repressive. It is no accident that those regimes that officially subscribe to egalitarianism are brutal*”.<sup>687</sup>

T. Sí. Resulta muy interesante la distinción que hace, además, de “la pura suerte” (*brute luck*) de la “suerte de opción” (*option luck*), de “la suerte constitutiva” -nuestros genes y ambiente- (*constitutional luck*). De “la suerte circunstancial”, -situaciones y tentaciones que debemos afrontar- (*circumstantial luck*) y de “la suerte por el resultado de nuestras propias acciones” (*result luck*). Pero al final parecen todas caer en lo mismo, se trata, al final, de buena o de mala suerte el haber nacido en un lugar o en otro, ser hijo de A o de B, ser bajo o alto, fuerte o débil, gordo o delgado, feo o lindo. Acaso no sea lo mismo, o no resulte “pura suerte”, aquellos resultados que aún poco previstos o no previstos, debimos prever y a los que nuestra conducta nos llevó.

A. Sí, a ello me estoy dedicando precisamente ahora al tratar la cuestión del *casus*. Es que no siempre es sólo accidente, azar, o destino, por supuesto. También puede que sea “suerte ayudada...”.

<sup>686</sup> ALEXANDER, Larry, “Against Equality”, *University of San Diego, Legal Studies Research Paper Series* N° 17-255, 2016 en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2909237](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909237).

<sup>687</sup> ALEXANDER, “Against Equality”, 2, cita a los totalitarismos de Stalin, Mao, Pol Pot. Como la pretensión de igualar a todos va en contra de la misma naturaleza humana, pues preciso resulta usar la fuerza para imponerla. A costa, siempre, de la libertad, del bien y de la dignidad de la gente, todo aquello que se predica proteger o perseguir.

T. Y fíjate qué final más genial el de su trabajo, presentándonos a una “verdadera sociedad igualitaria” (*a truly egalitarian society*) de la mano de una ficción, de un cuento. Lee:

“*THE YEAR WAS 2081, and everybody was finally equal. They weren’t only equal before God and the law. They were equal every which way. Nobody was smarter than anybody else. Nobody was better looking than anybody else. Nobody was stronger or quicker than anybody else. All this equality was due to the 211th, 212th, and 213th Amendments to the Constitution, and to the unceasing vigilance of agents of the United States Handicapper General*”.<sup>688</sup>

A. Sí, y cuando el cuento que cita el autor, dice que “esas igualdades” no se obtuvieron por ingeniería genética o por trasplantes sino por medios simples, cuasi rastreros: los hermosos fueron obligados a usar feas máscaras, los atletas, a llevar bolsas pesadas en su piernas, los más inteligentes a usar pequeñas radios en su oídos que cada 20 segundos emitían ruidos horribles para evitar pensamientos profundos y relevantes y “para prevenir que la gente obtuviera ventajas indebidas merced a la utilización de sus cerebros”. Esa es la visión, concluye, del mundo de la “perfecta igualdad”. No es, por cierto, bonita, ni estimulante. Ni tampoco lo son los medios para alcanzarla. La excelencia, la belleza, la individualidad, el entusiasmo, el progreso y la superación personal han desaparecido allí; la represión es la regla. Sí, yo tampoco, querido amigo, estoy con la “sociedad igualitaria”.

T. Sigue con lo tuyo Alejandro, gracias por la ensaladita. Me debes una, ya nos veremos. (Se va).

#### **4. “¿Por qué? El fundamento del deber de cargar con *aquello nos toca* o de las razones para la no transferencia.**

Quien mejor lo ha fundamentado, hasta donde alcanzo, es Baldó<sup>689</sup>. Como vimos, éste, a la hora de elaborar su sistema para la resolución de conflictos de intereses relacionados con situaciones de necesidad, parte de dos ideas rectoras (o valores superiores): *la libertad* (autonomía individual) y *la solidaridad*. El primero, la autonomía individual (que es, sostiene, la idea rectora que constituye el punto de partida en todo sistema jurídico penal respetuoso con el individuo), presupone la existencia de esferas organizativas autónomas (separadas) en las que cada uno ejerce su libertad organizativa, su autodeterminación. Pero de ese derecho (*libertad por organización*), surge también un deber (*responsabilidad por organización*) que tiene a su vez un *aspecto positivo*: respeto por toda autonomía ajena igualmente legítima y un *aspecto negativo*: responsabilidad por la falta de este respeto (*alterum non laedere*). De la

<sup>688</sup> El autor cita un cuento de Kurt Vonnegut y Harrison Bergeron (Mercury Press 1961), disponible en [https://archive.org/stream/HarrisonBergeron/Harrison%20Bergeron\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/HarrisonBergeron/Harrison%20Bergeron_djvu.txt).

<sup>689</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 43 a 63.

idea rectora principal de autonomía individual pueden extraerse, explica, por lo menos, tres principios operativos de segundo nivel que concretan su contenido material:

a) *el principio de autodefinition de intereses propios*: la organización, definición y disposición de los intereses adscritos o pertenecientes a la propia esfera es competencia de su titular. Y es él quien, por ejemplo, en ejercicio de esa competencia, *puede consentir* una situación de peligro que lo afecta (porque la considera más ventajosa) o puede ejercer o no la facultad de salvaguarda propia que se otorga al amenazado por el peligro;

b) *el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador originador de riesgos para terceros*: la libertad de organización genera, a la vez, responsabilidad por organización. Así todo comportamiento del sujeto que, en ejercicio de su libertad, genere peligro para intereses ajenos, o que no asegure peligros que nacen en su propia esfera y amenazan a terceros, genera responsabilidad. De este principio es del que Baldó extrae más provecho: constituye el fundamento material de la justificación en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo, entre otros casos, proyecta su eficacia sobre el sistema de mandatos y prohibiciones y fundamenta el sistema de tripartición de las tres clases de situaciones de necesidad posibles: la *legítima defensa* (originador del peligro plenamente competente por él – peligro objetiva y subjetivamente imputable a su esfera a título de dolo), el *estado de necesidad defensivo* (originador del peligro preferentemente competente por él – peligro a lo menos objetivamente imputable a su propia esfera) y *estado de necesidad agresivo*: el peligro que amenaza al necesitado no es ni siquiera objetivamente imputable a esfera organizativa individual alguna –incompetencia por el peligro-<sup>690</sup> por lo que el deber de tolerancia de la facultad de salvaguarda en estado de necesidad agresivo no puede estar fundado en el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador. Finalmente, el último de los principios derivados de la idea rectora de la autonomía individual es,

c) *el principio de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas (a terceros)*. Y aquí aparece el *casus*, como derivación, insisto, de la idea rectora de la libertad y con la función de cierre de los dos anteriores.<sup>691</sup> En efecto, si tras la amplia libertad

---

<sup>690</sup> Como enseguida veremos, yo creo, en cambio que si bien no existe en estos supuestos un “responsable” por el peligro a quien corresponde cargarle sus costes, sí existe un competente por él: el necesitado en su condición de *dominus del casus*.

<sup>691</sup> También como principio derivado de la autonomía individual. Así, COCA VILA, “Coche...”, 253: “forma parte del mismo concepto de libertad externo que cada un debe asumir el ensanchamiento o la limitación responsable o accidental de sus posibilidades de acción”.



de organización del propio plan, no se verifica responsabilidad por la organización que origine riesgos para un tercero, “*parece que debe prevalecer la libertad organizativa de los demás miembros del sistema social, por encima de la necesidad de salvaguarda en la que se encuentra la esfera individual amenazada por el peligro*”.<sup>692</sup> Así, cuando no existe un tercero a cuyo comportamiento organizativo podamos imputar, al menos objetivamente, el peligro que crea la situación de necesidad, regirá el principio de la asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas”, es decir el principio “inequívocamente inmanente en nuestro ordenamiento jurídico... del que resulta difícil prescindir: el *casum sentit dominus*, en sentido amplio, salvo que existan *buenas razones* para ello”. Es decir que prevalece, en principio, el *aspecto positivo* de la idea rectora de la libertad (el respeto a la esfera de libertad ajena) aún por encima de la necesidad de salvaguarda del sujeto en peligro y, por tanto, debo asumir aquello que me toca, y resolverlo, sin que exista una pretensión inicial de “cargárselo a otro”, salvo que existan *buenas razones* para ello.

Esas *buenas razones* para descargar la responsabilidad de aquello que a mi me toca en otro, son, en el sistema de Baldó básicamente dos: i) *el principio de responsabilidad por el propio acto organizador de la propia esfera de libertad que genera riesgos o daños en la esfera de libertad ajena en infracción al deber general de no dañar a otro* (aspecto negativo de la idea de libertad, *alterum non laedere*)<sup>693</sup> y; ii) *la idea rectora de la solidaridad intersubjetiva entre esferas organizativas autónomas y el deber general de amparo activo del sujeto necesitado (omisión de socorro o de auxilio del 195 CPE y 108 del CPA)*.

La solidaridad entonces en Baldó, sirve para *modular* la aplicación de los principios derivados de la idea rectora de la libertad.<sup>694</sup> Pero su recurso a la solidaridad es muchísimo más amplio o abierto que en mi propuesta. En rigor, el *status* material de los sujetos intervinientes en las tres situaciones de necesidad justificantes queda primariamente determinado por la aplicación de los principios derivados de la idea rectora de la autonomía individual y, sólo secundariamente determinado por la aplicación, sobre los mismos, de la

---

<sup>692</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 61-62.

<sup>693</sup> Coca Vila parece acentuar la importancia del aspecto negativo de la autonomía para fundamentar el *casus*. Así: “... Este principio no sería más que una manifestación específica del principio general del *neminem laedere*: la garantía de un Derecho basado en una separación estable y fiable de esferas de libertad no sólo se basa en la atribución de responsabilidad a cada uno de los titulares de una esfera por sus propios actos, sino también exigiría la asunción por cada agente de los casos fortuitos que se ciernen sobre ellos”. COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 391 y 392.

<sup>694</sup> Así lo dice expresamente BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 64.

idea rectora de la solidaridad social intersubjetiva”.<sup>695</sup> Así, primero verificamos qué hizo el sujeto con su propio ámbito de libertad y si, por caso, decidió no reaccionar contra el peligro que lo amenaza. Recién luego, quién debe cargar, en principio, con la respuesta en virtud de su grado de competencia por el peligro que del ejercicio de su libertad derivó (responsabilidad por el peligro) y con ello ya podemos identificar tanto al obligado al sacrificio cuanto al candidato preferente hacia quien dirigir la acción de salvaguarda: el plenamente competente por el peligro, en situación de legítima defensa; el preferentemente competente por el peligro en situación de estado de necesidad defensivo, con la intensidad y con los límites que cada justificante habilita que, por cierto, son distintos.<sup>696</sup> Podemos actuar en defensa de nuestra esfera de libertad (*facultad de salvaguarda*) y aquel que originó el peligro debe soportar las consecuencias (*deber de tolerancia*). Así, una vez determinada la competencia por el peligro, el competente es su *responsable* y, en principio, el candidato indicado para *hacerse cargo* de (o de cargar con) las consecuencias penales y civiles de su acción. No tengo nada para objetar a esto.

El problema aparece con aquellos casos en los que el peligro no resulta imputable objetivamente a la esfera de un sujeto pero que parten o emanan de su ámbito (peligros físico naturalmente causados). Y también, con la situación de necesidad que origina la estructura de *estado de necesidad agresivo*. Puede suceder, en efecto:

a) *que el peligro no sea imputable a la esfera de organización de ninguno (que su generación no sea competencia de nadie)*. Ello se aprecia en los casos de peligros que provienen de la naturaleza y que afectan inicialmente a una persona que no los provocó (que no es responsable por ellos): eventos naturales, rayos, inundación etc.; enfermedad, dolor, angustia.

b) Pero también, de nuevo (porque la distinción entre estructuras no está clara), sucede en casos en los que, si bien el peligro *es* competencia de alguno, no se puede

---

<sup>695</sup> El principio rector de la autonomía individual debe ser el punto de partida ineludible para la ordenación de la vida social y, por ende, de la jurídica y de la jurídico penal (tanto de sus mandatos, cuanto de sus permisos y de sus prohibiciones). Dice Robles: “*la noción de autonomía parece ser la más robusta de las construcciones para hallarse en el principio de cualquier reflexión sobre el sentido de los mandatos y de las prohibiciones normativas. La imagen del ser humano como ser autónomo obliga a la persona a desarrollarse considerando a los demás. El núcleo esencial de las expectativas recíprocas individuales se construye sobre el presupuesto de la autonomía. Y es la autonomía –mejor dicho la compatibilización de todas las esferas autónomas- la que sostiene la ley general (en sentido kantiano)...*” (ROBLES PLANAS, “Introducción...” a la *Dogmática de los límites al Derecho Penal*, 26).

<sup>696</sup> Y dependen, también, fundamentalmente, del grado de competencia por el peligro que se generó en la esfera de libertad ajena.

reconducir a su esfera de acción por diversas razones: v.gr. i) no lo conocemos; ii) “no está”; iii) su infracción no alcanza el umbral mínimo – no les es imputable al menos objetivamente- como para cargarle responsabilidad por el peligro.

En el mismo sentido se pronuncia Coca: “... Adviértase que la dogmática de la justificación está pensada y desarrollada fundamentalmente como una dogmática explicativa de las condiciones bajo las cuales un agente puede trasladar el mal que sobre él se cierne *a un segundo agente involucrado en el conflicto*. Se trata entonces de decidir quién ha de soportar los costes del único mal. Si no voy errado, tres son los criterios de imputación... el primer criterio es el de la autonomía. Quien ha organizado la situación de necesidad debe soportar los costes para su conjura. En segundo lugar, la solución de conflicto queda mediatizada por los recíprocos deberes de solidaridad entre el necesitado y el sujeto involucrado. Y finalmente el sistema se cierra con un último principio defectivo: *si no es posible desplazar el mal a un tercero por razones organizativas ni solidarísticas*, el que sufre el mal es elevado a competente por la desgracia. *Casum sentit dominus*, esto es, *el accidente lo debe soportar aquel sobre el que recae en un primer momento*”.<sup>697</sup> Y ello es, en la propuesta tanto de Pawlik cuanto de Coca, a las que en general adhiero con algunas diferencias a las que en seguida me referiré, un mandato del *fairness*.

## **5. El necesitado como “competente”: los dos momentos en que se configura ese vínculo con el peligro.**

Recordemos: *existen tres títulos de atribución de competencia con respecto a un riesgo: la responsabilidad plena, la responsabilidad preferente y la (pura) competencia*. Es *responsable pleno* quien ha realizado un acto de organización *fuerte* con respecto a ese riesgo (expresivo de máxima libertad de auto vinculación). Es *responsable preferente* quien, en relación con ese peligro, tiene un vínculo organizativo *medio* (en virtud de un acto de libertad de menor entidad).<sup>698</sup> Es *competente* quien sólo se halla vinculado con ese riesgo por *deberes positivos generales* (derivados de la solidaridad mínima fundada en la dignidad, o en el respeto a esa dignidad), como el deber de socorro activo y el de tolerancia o sacrificio. La

---

<sup>697</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 330.

<sup>698</sup> En contra, Wilenmann, que no advierte en los casos de estado de necesidad defensivo responsabilidad en el sujeto que “de algún modo crea el peligro”. Así: “Mientras en el caso de la legítima defensa la situación de necesidad constituye, en sí, una infracción normativa, la situación de necesidad en el estado de necesidad defensivo designa simplemente una sobre-extensión objetiva de un ámbito de autonomía y, por ello, la necesidad de internalizar aquello que se escapa del ámbito excedido.” (WILENMANN, *El sistema...*, 18).

ostentación de uno u otro título de atribución de responsabilidad/competencia da lugar, como vimos, a la habilitación de injerencias y a deberes de sacrificio más o menos intensos.<sup>699</sup>

En los supuestos de *casus*, el inicialmente afectado por el mal tiene, como *dominus*, una competencia débil por el peligro que “le cae o le viene” (*el señalado*). Ningún acto libre de organización lo vincula con él y, por tanto, no es responsable por él. Así, su derecho como potestad o facultad de salvaguarda será, en principio, débil (puede transferir el mal hacia la esfera de un tercero en términos muy limitados, causando un mal esencialmente menor que el que quiere evitar) y una obligación de tolerar (deber de sacrificio) también, en principio, débil porque sólo el que le haya tocado justo a él, es lo que lo vincula con “la suerte” (o con la desgracia) a ese mal que lo afecta.

Entramos ahora en una cuestión que advierto de capital importancia y que no ha sido, hasta donde alcanzo, ni advertida ni, por cierto, tratada.

¿Cuándo es que el sujeto ostenta el título de *competente* por el peligro? ¿Qué hecho es el que produce esa atribución del riesgo a su propia esfera? ¿Existen dos momentos en ese proceso de atribución o uno solo?

Es que si la atribución de competencia por el riesgo se produjera en un único momento, no habría mucho para decir. Pero adviértase que *resulta que son dos momentos*, separados en el tiempo, perfectamente distinguibles y con distinta significación. Los llamaré “M1” (momento inicial, en el que el peligro amenaza a un sujeto) y “M2” (momento posterior, en el que sujeto amenazado *decide* un curso de acción).<sup>700</sup>

Y si así fuera: ¿Qué consecuencias tiene la atribución del *status* de competente por el peligro (mínimo o débil) en “M1”, *sobre el devenir posterior*, en “M2”, es decir en aquel momento en el que el necesitado *toma la decisión de actuar*? Y, a la vez, ¿cual es la consecuencia de la decisión de actuar en “M2” sobre el *status* inicial en “M1”? ¿Alguna? Es

---

<sup>699</sup> Ver *supra*, Tercera Parte, Capítulo V y también: COCA VILA, Ivó, “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *InDret* 1/2011, 1 a 40.

<sup>700</sup> “Nuestro mundo es la dimensión de fatalidad que integra nuestra vida... En vez de imponernos una trayectoria, nos impone varias, y, consecuentemente, nos fuerza a elegir. ¡Sorprendente condición la de nuestra vida! Vivir es sentirse fatalmente forzado a ejercitar la libertad, a decidir lo que vamos a ser en este mundo. Ni un solo instante se deja descansar a nuestra actividad de decisión. Inclusive cuando desesperados nos abandonamos a lo que quiera venir, *hemos decidido no decidir*. Es, pues, falso decir que en la vida deciden las circunstancias. Al contrario: las circunstancias son el dilema, siempre nuevo, ante el cual tenemos que decidirnos. Pero el que decide es nuestro carácter.” (ORTEGA Y GASSET, José, *La Rebelión de las masas*, Primera Parte, Capítulo V). Destacados míos.

decir, ¿lo modifica, lo altera, lo eleva, lo disminuye? ¿Ninguna? Considero, insisto, *decisiva* esta cuestión a la que, hasta donde alcanzo, no se le ha dado trascendencia alguna.

Para trabajarla, me valdré de la cita de Ivó Coca que culmina el subtítulo anterior. Creo que a partir lo que allí transcribo pueden hacerse algunas consideraciones que aprecio muy relevantes.<sup>701</sup>

Primero: No existen inicialmente (“M1”), ni en la legítima defensa ni en el estado de necesidad, *dos agentes involucrados en el conflicto*. En rigor no existe todavía conflicto alguno.<sup>702</sup> Lo que sí existe, es un peligro que amenaza a uno sólo (el agredido, el necesitado). En todas las situaciones de necesidad, también en las que dan lugar a la estructura de *estado de necesidad justificante*, el conflicto recién aparece luego de que el necesitado (o su auxiliador si estamos en estructura de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo), *decide/n qué hacer con él, decide/n cómo lidiar o cómo gestionar esa situación. Es decir, toma/n una decisión.*<sup>703</sup> Así, el sujeto inicialmente amenazado por el peligro (o quien acude en su auxilio) son quienes en rigor *plantean la situación de necesidad y, con ello, la hacen nacer*. Y son sólo ellos (en uso de su autonomía, de su libertad de organización) quienes pueden decidir no entre uno, sino entre varios cursos de acción posibles.<sup>704</sup>

Esos cursos de acción posibles, lo hemos dicho ya, son tres: *a) no hacer nada* (no plantear el conflicto y dejar que el mal que amenace se concrete) sin plantear una situación de

---

<sup>701</sup> Resalté en el texto transcrito, con itálicas, las cuestiones a tratar.

<sup>702</sup> Esto, por cierto, no se les escapa ni a Baldó “en efecto... la presencia de una tal amenaza de un peligro inminente, no basta para que se constituya *per ser* una situación de estado de necesidad” (BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 122), ni a Coca Vila: “se trata, en esencia, del análisis de los presupuestos bajo los cuales un agente al que amenaza un peligro puede desplazar conforme a Derecho el mal que le amenaza sobre un segundo agente, cuyos intereses se ven constreñidos por primera vez en el momento en el que el autorizado a desplazar dicho mal se vale de su facultad” (COCA VILA, *La colisión de deberes...*, 380). Pero no advierto que sigan explorando la línea que yo intento.

<sup>703</sup> “Momento de decisión” que, por cierto, también precede a la situación de necesidad que da lugar a la legítima defensa. Pero en ese caso, es sólo el agredido quien puede tomar la decisión de soportar la agresión (consistiéndola o no), plantear su propia defensa o huir. Ver SILVA SÁNCHEZ, “Permisos y deberes...”. Allí Silva trata, en especial, los supuestos de defensa de tercero y la virtualidad que cada una de esas decisiones del agredido puede tener en su defensor dependiendo de la disponibilidad o indisponibilidad de los bienes o intereses amenazados. Y, sin entrar allí en el análisis concreto de las situaciones de auxilio necesario, sí se encarga de dejarnos dos sugerentes preguntas para seguir trabajando: ¿Puede imponerse un hétéro-auxilio necesario al sujeto necesitado que, por los motivos que sea, prefiere soportar el *casus* antes que desviarlo a un tercero? Más aún ¿puede obligarse al necesitado a actuar en estado de necesidad agresivo? Mi respuesta, desde los principios de la autonomía individual y de la dignidad, claro está, es que NO.

<sup>704</sup> La existencia de alternativas de cursos de acción es muy relevante. Y más allá de la posible o probable incidencia que el mal que amenaza pueda tener en el ánimo del amenazado por el peligro (miedo, por ejemplo), aparecen abiertas. Adviértase además que sólo en la estructura de necesidad agresiva se da esta separación temporal entre dos momentos, M1 y M2. En la legítima defensa, la atribución de competencia (máxima) por el riesgo queda ya fijada – consolidada- con la decisión voluntaria dolosa del agresor. En el estado de necesidad defensivo (competencia media), con sujeto originador del riesgo detrás, con su cuestionamiento de la esfera de competencia ajena merced a un comportamiento que resulta a él imputable a lo menos objetivamente.

necesidad (*principio de autodefinition de intereses propios*); b) *reaccionar (defensivamente)* contra la fuente de peligro, es decir, plantear el conflicto y proponer su solución a costa del preferentemente competente (responsable) por él. Y ello con una capacidad defensiva mayor a la que se podría emplear frente a un tercero inocente, es decir reconociendo al necesitado una mayor capacidad e intensidad en la respuesta fundada en la responsabilidad de aquél responsable pleno o responsable preferente por el peligro (*principio de responsabilidad por el propio acto organizador*); c) *accionar (agresivamente)* contra el inocente (absoluto irresponsable e incompetente por el peligro que amenaza), demandándole un sacrificio que “permita la salvación”, pero merced a la afectación directa y dolosa de la esfera de libertad ajena (claro está, con una facultad de salvaguarda sensiblemente menor, atento a que debe cuidar que el mal que se causa al inocente sea *sustancialmente menor* que aquel que se evita).<sup>705</sup>

En situaciones de estado de necesidad justificante, el sujeto en peligro está normalmente llamado a responder por aquello que hace porque tiene posibilidades de elección. En este caso, como se ve, tiene tres alternativas distintas: una omisiva /no hacer nada) y dos de acción (reaccionar o accionar). El necesitado, o su auxiliador, resultan protagonistas principales tanto en la configuración de la situación de necesidad (son quienes la plantean, la hacen nacer) cuanto en su resolución de manera que, finalmente, resulte jurídicamente permitida o injusta. No podemos decir lo mismo de quien actúa en situación de necesidad exculpante o bajo otra causa de exclusión de la culpabilidad (por ejemplo la coacción). El náufrago que pelea con el otro por la tabla de salvación, no tiene alternativa de acción salvo la decisión suicida o heroica, ambas jurídicamente inexigibles. Precisamente lo que aquí destaca es la limitación de la libertad del sujeto en peligro que resulta *tan intensa* que su injusto (si algo de él queda) no podrá reprochársele (no se le podrá exigir una conducta distinta, es decir una que resulte normativamente conforme).

Segundo: No creo que el necesitado resulte “*elevado*” a la categoría de competente para soportar la desgracia porque no es posible desplazar el conflicto por razones de responsabilidad o de solidaridad (Coca Vila) ni que el necesitado resulte incompetente por el peligro a falta de un responsable por él (Baldó). Estas diferencias con mis dos admirados colegas resultan, a mi juicio, esenciales y merecen una explicación.

---

<sup>705</sup> De todos modos, puestos a comparar los males, el causado podría seguir constituyendo una pérdida significativa para el tercero obligado al sacrificio, v.gr.: vida salvada por lesión menor.

*La competencia por el peligro* está configurada *ya antes* de que el necesitado (o el auxiliador) tomen la decisión de plantear el conflicto (la situación de necesidad). Es decir, está *pre-configurada*. En las situaciones de necesidad que dan lugar a la legítima defensa, bastante más que la competencia, *la responsabilidad plena* por el peligro es la que aparece *pre-configurada* (y consolidada) ya por la agresión (el ataque) de un sujeto que fija, merced a su máximo cuestionamiento de la esfera de libertad ajena su *status* de máximo responsable por el peligro y de único (preferido o preferente<sup>706</sup>) candidato para la acción defensiva que el agredido o su auxiliador podrán (o no) emprender. No habrá *casus*, sino atribución máxima de competencia por el peligro en cabeza del responsable pleno por él.

Lo mismo puede decirse en los supuestos de estado de necesidad defensivo. En ellos el peligro emana de un sujeto *responsable preferente* por lo que el riesgo aparece también *ya pre-configurado* (y consolidado), con la infracción del deber negativo (*nemimen laedere*) de parte del cuasi-agresor. No habrá *casus*, sino, otra vez, responsabilidad por el comportamiento originador de un peligro para un tercero (el necesitado). El necesitado competente no resultará el preferente para soportar los costes de ese peligro (¡salvo que posteriormente, en “M2”, lo elija libremente!). Y no lo será porque existe un responsable preferente por el peligro. Es decir, otra vez, el indicado para soportar los costes del peligro no es otro que el generador de ese peligro, en términos más limitados que en estructura de legítima defensa.

Si el peligro no reconoce origen en fuente humana (y sí en la naturaleza) o, teniéndolo, no puede ser imputado a la esfera de su causante (riesgo permitido; falta de acción; el causante “no está por allí”, etc.) sí estaremos frente a un *casus*. Y ya sabemos quien es el llamado a resolverlo: el *dominus*.

En efecto: el *casus*, el accidente, lo debe soportar aquel sobre el que recae en un primer momento. El *dominus es el competente* para soportar el daño a falta de un candidato preferente (de un responsable). También en este caso, la atribución de competencia por el riesgo se da en “M1”, esto es, en forma previa a la decisión del necesitado de plantear el conflicto. Aparece con el mal que lo amenaza.

Pero aquí viene algo fundamental. Adviértase que *esa competencia por el peligro no está consolidada, esa competencia es precaria*. El necesitado es, por ahora, “el elegido” o “el señalado” por el peligro (*casus*) para hacerse cargo de él si no existe responsable detrás. La

---

<sup>706</sup> Existen otros sujetos distintos al agresor que pueden ser afectados legítimamente por la acción defensiva emprendida por el agredido o por el tercero defensor. Para ello, SILVA SÁNCHEZ, “La legítima defensa que recae sobre tercero”, ya citado.

*atribución de competencia* está “pendiente”, está esperando la decisión del afectado por el peligro en el segundo momento, es decir, en “M2”.

Tercero: En efecto, lo interesante, o lo más interesante, viene después. Es ahora el tiempo “M2”. Fijada ya normativamente (pero aún no consolidada) la competencia por el peligro: ¿Qué hará el necesitado (“el señalado”, “el elegido”) para enfrentar la situación? ¿Encará una salida a la emergencia, o en ejercicio de su libertad de organización renunciará a ella? ¿Si decide encararla: ¿cuál de las opciones elegirá entre las dos que, todavía, le quedan?

Vistas así las cosas, sucede que el necesitado, es decir aquel a quien el mal amenaza (y ese mal, como vimos, puede ser *casus* y el necesitado su *dominus*), **antes** de tomar la decisión de plantear el conflicto por necesidad ya exhibe ese *status* de *dominus* del *casus*. Eso lo coloca en “M1”, y antes de que decida plantear el conflicto, en una posición jurídica determinada: la de “señalado, o elegido” (provisoria o temporariamente *competente por el peligro* que le ha caído), y que a ningún otro se le puede imputar. Esa competencia, en los términos que hemos planteado, *es mínima* (no hay acto de voluntad alguno de su parte, **todavía**, que lo vincule con mayor fuerza al peligro que amenaza). Y ya en esa situación inicial, según venimos viendo, puede imputarse jurídicamente el riesgo a su propia esfera, a falta de candidato mejor a hacerlo (a falta de un responsable). Y debería, por tanto, soportarlo. Adviértase que, tanto es así, que si en “M2” el “señalado” por el peligro no hace nada (lo soporta pasivo o resignado, lo acepta como su destino porque cree que es lo que corresponde, porque “a él le tocó”), el peligro se concreta en un daño que “queda allí”. Se consolida. “Es cosa suya”.

Pero libremente descartada por el necesitado la opción de no hacer nada, cuando él mismo (o el tercero que acude en su auxilio, sólo en estructura de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo) toma (¡también libremente!) la decisión de plantear el conflicto... ya la cosa puede cambiar. Y puede cambiar porque, recordémoslo, *libertad de organización* supone *responsabilidad por organización* con lo que debería dispararse, de nuevo, el examen de esa *responsabilidad* bajo dos aspectos: el *aspecto positivo*: respeto por toda autonomía ajena igualmente legítima, y el *aspecto negativo*: responsabilidad por la falta de este respeto (*alterum non laedere*). En “M1”, el peligro (con fuente en naturaleza o con responsable identificable pero no imputable a esa esfera –porque no está o porque el riesgo no alcanza a superar el riesgo socialmente tolerado-), o el accidente, “le vienen” y el necesitado no tiene



responsabilidad por ello, *pero sí competencia precaria*: se lo imputamos (a lo menos provisoriamente) y le imponemos jurídicamente el deber de soportarlo salvo que, decidido a plantear el conflicto, medie una *buena razón* para la descarga en otro. Pero ya en M2, “nada le viene”, lo decide él mismo.<sup>707</sup>

¿Y cual es el escenario que encuentra el necesitado *antes de tomar su decisión* en “M2”? ¿Qué es lo que tiene allí? Lo que encuentra, antes de tomar su relevante decisión, es lo siguiente: de un lado, o bien a un sujeto que ya ha cuestionado su propia esfera de libertad (si es que existe, a lo menos, un sujeto responsable preferente por el peligro) o bien *casus*, “naturaleza” (animal, evento natural, *actio hominis*, etc.) devenidos en amenazas (en peligros) para sus intereses. Del otro lado, a una persona (ya no tenemos a perros ni a tornados) que, a diferencia suya es, y siempre fue, un absoluto incompetente por el peligro que amenaza y que nada tiene que ver con la esfera de libertad del sujeto en peligro (no hay vínculo alguno de su parte ni con el peligro inicial ni con la conversión del peligro en conflicto). Es decir, al *inocente*.

Pregunto: ¿cabe alguna duda de lo que el necesitado *debe* hacer? Si, teniendo otra alternativa (¡y tiene en principio, dos!) en lugar de soportar lo que en suerte el destino le deparó o de *reaccionar* contra la fuente de peligro, decide *accionar* en contra del tercero inocente ¿no está violando él mismo sus deberes de respeto y de no injerencia en la autonomía ajena (*neminem laedere*)?

Yo creo que sí.

Además, si es que tiene esa otra alternativa (menos lesiva), ¿tiene “necesidad” de afectar al tercero inocente? ¿Cumple con el requisito de la subsidiariedad?.

Yo creo que no.

Pero adviértase además, si es que no voy muy errado, que *en fase inmediatamente anterior a que el conflicto aparezca en el mundo* (por decisión, insisto, del necesitado o del tercero que lo auxilia), *ya no existen sujetos extraños* (terceros) al peligro. Ya antes de que el necesitado decida qué curso de acción tomar tenemos a tres sujetos bien identificados. A un sujeto que ataca y que, por ello, es responsable pleno por ese peligro (agresor en estructura de legítima defensa); o a un responsable preferente por el peligro (estructura de estado de necesidad defensivo). O, finalmente, tenemos a un sujeto a quien amenaza un mal y que no

---

<sup>707</sup> “Peligro” y “buenas razones para liberarse” no vienen juntos. El primero antecede a las segundas.

resulta responsable pero sí (provisoriamente) competente por él en tanto *dominus del casus*. Dos de esas posiciones se mantienen inalteradas (consolidadas) luego de la decisión del necesitado. La tercera (competencia por el peligro en estado de necesidad agresivo) no. Lo que tenemos es a un sujeto vinculado a un peligro que no es reconducible a un acto de organización que emana de su propia esfera, pero que, como ya veníamos advirtiendo, “alguna vinculación tiene con él” (no es responsable “fuerte” o “responsable medio” por el peligro, pero que tampoco resulta, de ningún modo, un “extraño” a ese peligro). *Es competente por él*.

## 6. Consecuencias de la competencia del necesitado.

1. Coincido con Robles Planas y con Coca Vila en que son dos, y sólo dos, los criterios de imputación de responsabilidad penal: la autonomía (*responsabilidad*) y la solidaridad (en mi propuesta, una manifestación del principio de dignidad).<sup>708</sup> Pero ¡no estamos buscando condenar a nadie! Sólo intentamos identificar criterios, y buenas razones, para asignar determinadas competencias en estructuras de necesidad que tienen, por cierto, trascendencia jurídica (y consecuencias) pero que no están sujetas a baremos tan estrictos como los que preceden a la imputación dirigida a la aplicación de una pena. De hecho, el *casum sentit dominus*, utilizado por todos a estos fines, no es un criterio de atribución de competencia por responsabilidad por defectos de organización. Y se lo reconoce en nuestro derecho civil y en el del mar, como hemos visto ya.

2. Sí es cierto que la responsabilidad por organización (y la infracción al *neminem laedere*) es el criterio más convincente no sólo para distinguir al estado de necesidad defensivo del agresivo, sino, fundamentalmente, para asignar responsabilidad o competencia por el peligro que amenaza una esfera de libertad ajena. La imputación objetiva es el contenido mínimo de esa responsabilidad por organización.

3. El agresor en estructura de legítima defensa es responsable pleno. Supera ampliamente ese umbral (injusto doloso). Su responsabilidad por organización es máxima, como así también su deber de sacrificio frente a la reacción que el agredido, o su defensor,

---

<sup>708</sup> Ya antes, en el mismo sentido, Silva: “la vulneración de deberes de solidaridad (activa y pasiva) es, por el contrario, un título de imputación de responsabilidad penal. Más aún, es el único (y todavía bastante inexplorado) título de atribución de responsabilidad penal distinto de la organización de la propia esfera jurídica de libertad (comisión activa y comisión por omisión en sentido estricto)”. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión...*, 2da. ed., 480.

pueden emprender. Tiene un deber fuerte de soportar la defensa que el agredido emprende como portador de un derecho fuerte, como pretensión. El *cuasi*-agresor en estructura de estado de necesidad defensivo también supera ese umbral. Es responsable preferente. Tiene una responsabilidad media por el peligro (que se le imputa a lo menos objetivamente y, puede que subjetivamente a título culposo) a pesar de exhibir un vínculo organizativo menos intenso y tiene que soportar la reacción del necesitado o de su auxiliador (el “no derecho” de oponerse a ella, si el necesitado o su auxiliador deciden libremente la defensa). Éstos, a su vez, tienen un “derecho como privilegio o como libertad” de salvaguarda amplio, respetando el límite de la proporcionalidad. Estos supuestos incluyen, en mi opinión, los peligros creados en error de tipo invencible (*la imputación objetiva* del evento a su esfera se mantiene).

4. Cuando el peligro emana de la esfera de un sujeto vinculado sólo causalmente con él (incremento del riesgo aún permitido, pérdida de control de una fuente de peligro no imputable) no se supera el umbral exigido para considerarlo responsable por el peligro (en sentido fuerte), pero tampoco el necesitado resulta un extraño a él. De todos modos, hasta ahora, no se han encontrado razones convincentes para hacerlo competente por el peligro en los términos que el estado de necesidad defensivo exige (“no derecho” de oponerse –para otros derecho de tolerancia- y derecho como privilegio de salvaguarda –para otros derecho de salvaguarda cualificado-). No se lo puede responsabilizar por el peligro que no ha emanado de su propia esfera, pero sí que se puede afirmar, por las razones explicadas, *que es competente por el peligro*. Tanto que si acciona contra un tercero lo daña típicamente y deberá ir a dar explicaciones a un Juez. El mal que amenaza es *casus* para el necesitado y éste es *dominus* del *casus*, *esto es competente por el peligro*.

5. Tanto en estos supuestos como en aquellos en los que el peligro no es en modo alguno reconducible a la esfera humana (v.gr. eventos naturales, hambre, dolor etc.) el sujeto amenazado por el peligro *ya resulta provisoriamente competente* por él en el momento inicial “M1” en virtud de los principios de imputación del *casum sentit dominus*. Llamado a decidir libremente, en el momento “M2”, el necesitado puede: a) no plantear el conflicto (asumirlo, consentir la producción del daño, dejar que se manifieste) o;

b) plantearlo, transformando peligro en conflicto, y haciendo nacer la situación de necesidad en términos de estado de necesidad defensivo (dirigiendo su respuesta hacia la fuente de la que emana el peligro) o agresivo (dirigiendo su ataque salvador hacia un inocente).

6. Si elige el estado de necesidad defensivo, su facultad de salvaguarda será mayor a la que tendría si eligiera el agresivo. Del mismo modo será mayor el deber de tolerar de aquel sujeto fuente del peligro (aunque ese peligro sólo esté vinculado físico-causalmente a él).

7. Lo que no me cabe duda es que el necesitado, en cualquier caso, “instado por el Derecho a colaborar en la resolución del conflicto (de la situación de necesidad)” (Robles Planas), debe hacerlo con el menor daño y con la menor perturbación del orden posibles (Silva Sánchez).

8. Si elige trasladar el daño a un tercero inocente (siempre un absoluto irresponsable e incompetente por el peligro), no estará eligiendo a un sujeto en una posición igual. En contra de lo que usualmente se afirma, el estado de necesidad agresivo no trata de resolver conflictos de dos sujetos en igual posición jurídica (es decir entre dos incompetentes por el peligro), sino entre uno *competente precario* por el peligro ya antes de plantear el conflicto y portador de una *competencia plena y consolidada* luego de su decisión libre *versus* otro sujeto que es *siempre* absolutamente incompetente por el peligro (tanto en el momento previo como cuando el necesitado decide arrastrarlo al ruedo de los pelos...).<sup>709</sup>

9. Sostengo, entonces, que *el necesitado*, si bien no resulta responsable por el peligro sí *es mínimamente competente* por él si no existe alguien portador de una incumbencia mayor, es decir un responsable por ese peligro. Y que a la hora de elegir qué hacer con el mal que lo amenaza, o bien elige soportar el infortunio que a él le ha tocado (en virtud del principio de autodefinición de intereses propios), o debe dirigirlo hacia la fuente que lo generó. Es decir, cuando el necesitado decide plantear el conflicto, asume con ello el *status* de *competente pleno* -no ya por el peligro sino *por la situación de necesidad*- y por ello, el mismo necesitado o su auxiliador necesario, *deben* reaccionar, si pueden, contra el sujeto del que emana la fuente del peligro tanto si es responsable por él (responsable preferente) o portador de algún otro título de atribución de competencia por el peligro, cuanto si se trata de un accidente (*casus*) que, al necesitado le tocó en suerte sufrir, *antes* que emprender su acción de salvaguarda contra un inocente. En fin, ***que el estado de necesidad defensivo es preferente al agresivo, o el segundo subsidiario del primero.***

---

<sup>709</sup> Lo pongo en esos términos para no complicar(me) demasiado las cosas. Lo cierto es que, según afirmo aquí, el tercero inocente nunca es siquiera mínimamente *competente* por el peligro que amenaza, ni siquiera por razones de solidaridad. Ellas no lo vinculan con el origen del problema, con la desgracia o con el *casus*, sino que lo hacen partícipe (a la fuerza) de la solución.

10. El necesitado exhibe ya antes siquiera de que él mismo decida plantear el conflicto (en “M1”) un *status* distinto que el del responsable o “ocasionador” del peligro (si existe), y también distinto al tercero extraño a él (absoluto incompetente por ese peligro). Y, una vez que decide plantear el conflicto (en “M2”), una competencia algo inferior (porque el peligro no emana de su esfera) *vis a vis* el sujeto *responsable* por el peligro (que se mantiene como responsable preferente por él –competencia ya consolidada) y también respecto del sujeto *no responsable* pero de cuya esfera emana un peligro que no le es imputable objetivamente. Y, en relación al tercero inocente que sufrirá la acción de salvamento (estado de necesidad agresivo) el necesitado exhibe, sin dudas un *status* distinto. Es competente mínimo en M1 (peligro que a él amenaza, *dominus del casus*) y, luego (en M2), *competente pleno* por la situación de necesidad que involucra al inocente en la escena, inopinadamente y con lesión típica (dolosa) de su esfera de libertad e intereses.<sup>710</sup> El inocente, nunca es responsable ni competente por nada (peligro ni situación de necesidad).

11. Sostengo que es al necesitado a quien le corresponde enfrentar el conflicto y ponerlo en cabeza de quien sí tiene responsabilidad (es lo que sucede con la legítima defensa, es lo que también sucede con su “medio-hermano”, el estado de necesidad defensivo y es lo que debería suceder con “sus parientes”). Si no existe un responsable por el peligro, o no está al alcance, el sujeto al que primariamente afecta el *casus* es competente por él y es quien debe soportar la desgracia, sin que tenga, en principio, una pretensión jurídica de socialización del daño, y sí un verdadero *derecho como pretensión* o derecho máximo o fuerte de salvaguarda (contra quien lo ataca con dolo, *responsable pleno*) o un derecho como *privilegio o como libertad* de salvaguarda (contra el responsable preferente); es decir contra aquellos que cuestionaron, en mayor o en menor medida, su esfera de libertad.

Esta es, en mi opinión, la interpretación más respetuosa y conforme de un sistema penal orientado a la protección y al favorecimiento de un mejor esquema de separación de las esferas de libertad.

---

<sup>710</sup> He aquí una muy buena razón para sostener y afirmar que el *status* del necesitado en “M2” no llega a ser el de competente medio o preferente. Si así fuera, exhibiría el mismo *status* que el que lo amenaza en estructura de estado de necesidad defensivo...



## Capítulo XIV. Fundamento del estado de necesidad defensivo justificante y del estado de necesidad agresivo justificante.

En un esquema ordenado de libertad, y conforme vengo sosteniendo, el estado de necesidad defensivo justificante reconoce un doble fundamento: *primero*: el principio de responsabilidad por los actos propios que derivan en riesgos a terceros; y *segundo*: el mantenimiento y el restablecimiento de la paz y del orden (*statu quo ante*), injustamente alterados.

En un esquema ordenado de libertad, y conforme lo he argumentado, *el fundamento del estado de necesidad agresivo justificante sólo se puede reconocer y fundamentar* en el principio de la dignidad humana. Esto es en el reconocimiento en el otro de su condición de persona dotada de dignidad.

En efecto, al Derecho le interesan dos cosas: a) que los cambios en el mundo operen de manera ordenada y no por la fuerza de las circunstancias, es decir que se preserve el *statu quo ante* (la situación previa a la aparición del conflicto) con el menor daño posible (asegurar la paz)<sup>711</sup> y; b) que se respeten las esferas de libertad; es decir que en caso de conflicto, como los que las situaciones de necesidad suponen, el daño a alguno resulte el menor de los posibles. Esos son los dos grandes cometidos del Derecho en un sistema liberal y lo que la fórmula de necesidad elegida por el legislador parece pretender (o que puede interpretarse, también, pretende).

Pero no se trata de comparar bienes o intereses, sino de comparar *males*. Y tampoco resulta, por lo que hemos dicho, que la solución deba venir ni por la teoría del conflicto o de la colisión ni por la idea de la solidaridad con los fundamentos hasta ahora presentados.

---

<sup>711</sup> Ya decía Silva en su primer publicación sobre el tema: “*el estado de necesidad tiene en nuestra opinión un carácter objetivo y social. No constatado únicamente en la protección de bienes jurídicos individuales sino, más bien, en el mantenimiento de la paz jurídica o, más ampliamente, del statu quo ante*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, ADPCP, t.35, no.3, 1982, 663-691, aquí 665). Véase también YACOBUCCI, *El sentido...*, 226 y 227 y CSJN, Fallos, 300:1204: “la ley no sólo persigue orientar, educar y compeler la conducta social de los ciudadanos, sino también solucionar conflictos de intereses ya producidos en aras del bien común y la paz social”.

En mi propuesta, la solidaridad mínima exigida se funda en el principio de la dignidad. Más concretamente en una de sus consecuencias más importantes: *el respeto o reconocimiento del otro como persona*. Como vimos, en Kant todas las personas son dignas de respeto por el hecho de ser personas, es decir seres racionales. El hecho de ser persona tiene un *status* y un valor distinto al de cualquier otra criatura: *el de ser un fin en sí mismo, dotado de dignidad*. Respeto es el reconocimiento en actitud y en conducta de la dignidad en el otro como un fin en sí mismo.

Reconozco al otro en su dignidad, lo respeto, en tanto lo trato como él merece, en la medida de su propia conducta generadora de responsabilidad. Lo trato también con dignidad de persona cuando me defiendo de su ataque y cuando reacciono en estado de necesidad defensivo si mi respuesta es proporcionada a la medida del ataque (en un caso) y del peligro generado (en el otro). Respeto al inocente en tanto resuelvo la situación de necesidad que yo mismo decidí plantear en su ámbito originario (peligro que amenaza mi propia esfera) sin expandir o ampliar ese círculo inicial derivando el peligro o el conflicto a otros y, mucho menos, a otros que no merecen nada porque nada hicieron y “nada les cayó”.

Reconozco al otro, y lo respeto en su dignidad de persona, si antes de arrancarle el bastón con el que penosamente camina, o su auto, o su paraguas ante el aguacero, o su sangre, le pregunto si voluntariamente, me los da. Y si me dice que no, debo respetar su decisión salvo insoportable capricho y así yo esté de acuerdo con ella, o aunque no lo esté. Simple y sencillamente porque es la decisión de un ser racional, por tanto, dotado de dignidad y dueño de sus planes y de sus fines.<sup>712</sup>

---

<sup>712</sup> Cercanos, y partiendo también del principio de la libertad como valor jurídico central, Bockelmann/Volk: “la única persona accesible que tenga ese mismo grupo sanguíneo no puede ser obligada a tolerar que se le extraiga su sangre, cuando se niega a realizar la donación”. Aunque la comparación sea favorable a la vida, “... el ordenamiento jurídico no puede permitir la sujeción del otro, ni siquiera como medio para salvar una vida dado que, de esta forma, *estaría renunciando al principio de libertad, que es un presupuesto fundamental de su propia pretensión de validez*. Así, pues, también ese interés en la preservación de principios jurídicos universales y de valores jurídicos de primer rango, debe ser tomado en consideración”. BOCKELMANN, Paul-VOLK, Klaus, *DPPG*, 211.



## Quinta Parte

### Dogmática de un estado de necesidad agresivo mínimo

¿Y si fallase?<sup>713</sup>

En esta parte crítica del trabajo pretendo constatar si, tal como me propuse al principio, y merced a la aplicación de los principios de la autonomía individual (y de su derivado, el principio de responsabilidad) y del principio de dignidad de la persona humana, el estado de necesidad agresivo justificante ha quedado reducido a la expresión subsidiaria, excepcional y mínima que es la que le corresponde en un sistema de Derecho (penal) liberal. Y, en su caso, si lo ha sido a expensas de otro de los integrantes de la tríada o de alguno de los protagonistas de la situación de necesidad.<sup>714</sup> Asimismo, analizaré el contenido de los requisitos de la eximente. Finalmente intentaré esbozar (apenas) una teoría de los bienes personales nacida de estos principios de la libertad y que pueda ser útil (no pretendo más...), para el análisis y la delimitación de las estructuras de necesidad. Aquí voy.

---

<sup>713</sup> SHAKESPEARE, *Macbeth*, I.vii. 58

<sup>714</sup> Merced al desplazamiento de casos hacia ella/s (y que antes se admitían en estructura de necesidad agresiva).



## Capítulo XV. Delimitación y descripción de un estado de necesidad agresivo mínimo.

### 1. Resultados de la aplicación de los principios de la autonomía individual y de la dignidad: un estado de necesidad agresivo mínimo y un estado de necesidad defensivo crecido o engordado.

Para describir la dogmática de un estado de necesidad *agresivo mínimo* debemos antes verificar si es que ese integrante de la tríada de las situaciones de estado de necesidad justificante “*nos ha quedado mínimo*” y, en su caso, a expensas de qué (i.e., de otra de las tres estructuras de necesidad “que se ha crecido” o “engordado”) o de quién (i.e., el responsable – pleno o preferente- por el peligro o el competente por la situación de necesidad –esto es, el necesitado como *dominus del casus*). Y, hasta donde alcanzo, ambos fenómenos se verifican aquí. Lo primero es consecuencia de lo segundo, por el *principio de autonomía (y su derivado: el de responsabilidad) y por el principio de dignidad*. Veamos cómo.

#### 1.1. Manifestaciones del principio de responsabilidad durante el despliegue de la situación de necesidad:

Conforme expliqué, en un sistema jurídico liberal y, más concretamente, en un sistema penal de causas de justificación que se pretenda liberal y, por ende, respetuoso de los principios fundamentales de la autonomía individual y de la dignidad de la persona humana, *el principio de responsabilidad ha operado desde el inicio*: esto es desde la aparición misma del peligro que antecede, eventualmente, a la situación de conflicto por necesidad. Así:

a) Es el *principio de responsabilidad por los propios actos que originan daños a terceros* (derivado del principio nuclear de la autonomía individual), el que ordena primariamente la relación interpersonal y fija el contexto para una respuesta en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo.

b) Es el *principio de autodefinition de intereses propios* el que opera:

b.1. cuando el necesitado toma la *primera decisión libre*: la de asumirlo o la de convertir el *peligro* que amenaza *en un conflicto* por necesidad. Es que, bien puede suceder

que el amenazado por el peligro se decida por una actitud pasiva (una no respuesta) y, con ello, *elija libremente soportar el mal* que lo amenaza<sup>715</sup>; y

b.2. cuando toma una *segunda decisión libre*, esto es la de *cómo gestionará ese peligro*, como titular del *casus* (*principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros*) es decir si decide actuar en forma defensiva o agresiva (de nuevo, *principio de responsabilidad por el propio acto organizador*).

c) Finalmente, será *el principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros* quien ordene primariamente esa situación si es que no existe un responsable por el peligro. El necesitado deberá resolver la situación de conflicto a sus expensas y a su suerte, sin involucrar a terceros inocentes, esto es, sin convertir el peligro que a él amenaza en conflicto agresivo, con daño a un inocente irresponsable e incompetente por el mal que lo amenaza.

Pero no se agota con ello la función del principio de responsabilidad derivado de la autonomía individual. También opera, o sigue operando, en todos los momentos posteriores:

d) a partir de entonces, para señalar a cada uno de los protagonistas de la situación de necesidad, tanto los *límites como el contenido de los derechos* que el Derecho otorga o reconoce a unos (de salvaguarda y de injerencia en la esfera de libertad ajena) y *el correlativo deber* de los otros (de soportar o de sufrir el mal típico que la acción de salvaguarda implica en la esfera de libertad de otro).

Veamos qué sucede con el otro principio central del liberalismo y limitador de la autonomía individual: el principio de dignidad.

## **1.2. Manifestaciones del principio de dignidad durante el despliegue de las situaciones de necesidad:**

El otro principio central para el liberalismo clásico, *el principio de dignidad de la persona humana*, no parece tener incidencia alguna en el momento inicial, es decir en el

---

<sup>715</sup> Que el necesitado elija libremente *no actuar*, no quiere decir que no pueda oponerse. El hecho de que *elija libremente no oponerse*, es decir soportar el mal que lo amenaza, tampoco será indiferente o irrelevante para el Derecho penal. Simplemente el necesitado no planteará la situación como un conflicto por necesidad, y habilitará el análisis del injusto del agresor o *cuasi* agresor, si existen. Si no existe un responsable por el peligro detrás, sólo tendremos un mal (peligro que se anunciaba) que se ha concretado en lesión para la esfera de intereses de alguno. El Derecho en general, y tampoco el Penal, tendrán nada para decir.

momento de la aparición natural o de la creación responsable del mal que amenaza, pero sí en todos los posteriores. Así, de nuevo:

a) Opera cuando el necesitado decide libremente asumir o no el peligro como propio, aún cuando ello *suponga para él una pérdida sensible en términos de autonomía o de dignidad*;

b) y, en su caso, cuando actúa y despliega su acción de salvaguarda, que tendrá un alcance o un contenido distinto si es defensiva (reacción contra la fuente de peligro) o si es agresiva (acción contra un inocente). Será mayor en el caso de la defensa – porque el responsable consiente una pérdida en la protección a su autonomía y a su dignidad de persona-, y sustancialmente menor en el caso del ataque a un inocente –el inocente e irresponsable mantiene toda la protección de la ley y la expectativa de un pleno respeto a su autonomía y a su dignidad;

c) Y en virtud de los derechos y de los deberes que en cada estructura se reconocen a unos e imponen a otros por el principio de autonomía individual y también de la dignidad, esos derechos y esos deberes tendrán un alcance distinto según cuál sea la estructura de necesidad que el responsable plantee o que el necesitado escoja.

De esta manera, si el amenazado por el peligro merced al *principio de autodefinición de intereses propios*, decide libremente *transformar peligro en conflicto*, tenemos lo siguiente:

1. ***Si el peligro reconoce origen en un sujeto responsable pleno o preferente***, la situación de necesidad aparece ya *configurada* desde el inicio (creación por un sujeto responsable de un peligro que cuestiona el principio de separación de esferas organizativas autónomas) como legítima defensa o como estado de necesidad defensivo<sup>716</sup> El principio de responsabilidad, y su corolario “*el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador*”, es el que modifica la relación interpersonal hasta entonces existente -la de separación de esferas autónomas y regida por el principio derivado del *nemimen laedere*)-, ordena primariamente y fija la nueva relación interpersonal (“sujeto que crea un peligro a otro”)<sup>717</sup>, que será, o no, una relación de conflicto (“sujeto amenazado por

---

<sup>716</sup> Ciertamente es que todavía no existirá una situación de necesidad: es decir, una situación de conflicto. Se ha generado ya, empero, “*un contexto de causas de justificación*” como lo denomina Baldó, *Estado de necesidad...*, 122.

<sup>717</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 107 y 108 y notas 226 y 227, también por el principio de responsabilidad y su primer corolario “responsabilidad por el propio acto organizador”, como aquellos de los que se debe partir y

un peligro que, para librarse de él, causa un mal”)<sup>718</sup>, en uno y otro sentido: i.e., obliga al necesitado a dirigir la acción de salvaguarda en forma de *reacción* de máxima intensidad contra la fuente del peligro (*derecho como pretensión: legítima defensa*) o de mediana intensidad (*derecho como privilegio o libertad: estado de necesidad defensivo*) y, a la vez, le niega al necesitado el derecho de injerencia sobre un inocente, *es decir el derecho de salvarse a costa de un inocente (incompetencia)*.<sup>719</sup> Asimismo, el Derecho impone al responsable pleno o preferente por el peligro, *el deber de tolerar* la acción de salvaguarda que será de una mayor o de una menor intensidad (dependiendo siempre de cuál haya sido su vínculo con el peligro, es decir *su responsabilidad* por él). Para el caso de que se trate de un responsable pleno por el peligro (agresor doloso), tendrá un deber de tolerancia máximo. Para el caso de que sea un *responsable preferente* (peligro atribuible a lo menos objetivamente a su esfera), tendrá un deber de tolerancia medio. Esto se aplica también si el peligro deriva de animales o de cosas con dueño ausente o reconocible (i.e., peligro que proviene de una máquina; perro que amenaza morderte que sale “de esa casa”).

2. ***Si el peligro tiene fuente en naturaleza o no es posible actuar directamente contra su responsable (no está, no lo conocemos, no lo podemos identificar)*** la situación también queda *inicialmente configurada* por el principio de autonomía individual, pero esta vez a partir de otro de sus corolarios: el *principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros*. Si el peligro deriva, por ejemplo, de la naturaleza o de un perro o de una cosa sin dueño o con un dueño (o responsable del animal o de la cosa peligrosa) que no se conoce o que no resulta identificable al momento de la aparición del peligro, el necesitado en tanto *dominus del casus* (al principio sólo un “señalado” por el destino “que a él le tocó”–

---

que tienen mayor capacidad *ordenadora primaria* de las causas de justificación derivadas de situaciones de necesidad y de los derechos y deberes que de ellas nacen. Situación, insisto, que todavía no es de conflicto sino *sólo de peligro que derivará en conflicto* si es que el amenazado por él decide libremente plantearlo.

<sup>718</sup> Si el necesitado no elige asumir o soportar el peligro (*principio de autodefinition de intereses propios*). No le podemos “imponer” al agredido o a aquel que ha sido de algún modo puesto en peligro por otro sujeto, o por los elementos, una acción de salvaguarda (defensiva o agresiva). Sólo él es quien tiene el derecho (la libertad) de organizar su vida de acuerdo a sus propios intereses. Sin libertad de organización (y eso *también consiste en decidir si acepto o si quiero aquello que me pasa o que me toca*) no existe autonomía individual. Decía Mill: “el individuo no debe responder de sus actos ante la sociedad en la medida en que le conciernan a él mismo (MILL, *Sobre la libertad*, 61). Por eso, la organización, administración y disposición autónoma de los intereses pertenecientes a la propia esfera es sólo competencia de su titular (BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 49). No podemos descartar que el sujeto, por las razones que fueran, elija (o prefiera) soportar el daño a la salvación o a su liberación.

<sup>719</sup> Todo el sistema penal está ordenado a la idea de que el *responsable* (o competente) por el peligro sea quien asuma las consecuencias que de su conducta se derivan (es decir *por el principio de responsabilidad por el propio acto organizador que crea peligros a terceros*). Así, pensemos en las condiciones de atribución de un hecho a un sujeto (imputación objetiva y subjetiva), o en la función de la norma de comportamiento (norma primaria), dirigida al ciudadano, que al ordenarle evitar lo que prohíbe, asume que éste es responsable del comportamiento que la norma desea evitar. Así BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 108 y 109 nota 229.

*competente mínimo por el peligro-* y luego de tomar libremente la decisión de actuar en uno o en otro sentido, *competente pleno* por la situación de necesidad), *deberá* también procurar su salvación o la liberación de ese peligro *reaccionando defensivamente* contra su fuente sin involucrar a un inocente. Deberá ser él mismo, en principio, quien resuelva la situación que le tocó, sin incorporar o integrar al conflicto a un absoluto extraño. Esa situación será penalmente irrelevante en tanto no involucre bienes o intereses de un tercero (i.e.: si el dueño de casa enfrenta el fuego que se prendió en su cocina con su propia agua o con su extinguidor, entonces no tendremos conflicto). Salvo que esa defensa se muestre imposible, inútil o ineficaz y/o augure para el necesitado una pérdida sensible en términos de autonomía (de su propia biografía) o de dignidad. En esos casos,

3. ***Si el peligro no puede ser devuelto hacia su fuente (la defensa resulta imposible, o se muestra inútil o ineficaz) y su asunción por el necesitado como dominus del casus significa o le augura una pérdida sensible en términos tanto de su autonomía individual o bien de su dignidad, recién entonces el necesitado podrá derivar el conflicto a un inocente.*** Pero ello siempre que se verifiquen en el caso las condiciones que transforman su *deber (fuerte) de no injerencia (nemimen laedere)* en un *derecho mínimo, subsidiario y excepcional*, de injerencia en la esfera de un absoluto extraño (inocente). Fundamentalmente, que la injerencia no resulte siquiera mínimamente significativa en términos de autonomía o de dignidad.

4. Así, aparece claro que el estado de necesidad agresivo justificante es un permiso *subsidiario* (de la legítima defensa y, sobre todo, del estado de necesidad defensivo)<sup>720</sup>, *excepcional* (porque sólo se habilitará como *permiso* en la forma de un *derecho como potestad o como facultad* en tanto se cumplan varias condiciones que hagan posible la injerencia en la esfera de un inocente) y *mínimo* (porque, en su caso, la injerencia legítima en la esfera del inocente será muy limitada y nunca de una entidad que signifique o implique una lesión *relevante -y ahora ya mínimamente relevante-* para su autonomía individual – para su propia biografía- o para su dignidad). O para decirlo más claro, la lesión del inocente (el mal

---

<sup>720</sup> También por esta preferencia, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 154: “de entre dos posibles acciones de salvaguarda, una en estado de necesidad agresivo y otra en estado de necesidad defensivo, es siempre preferente esta última, salvo que le procedimiento de defensa defensivo sea mucho más gravoso.”

que se le causa) debe ser *sustancialmente menor* al que se evita y, aunque perceptible, *nunca relevante* en términos de autonomía o de dignidad.<sup>721</sup>

En un ordenamiento penal liberal y como consecuencia de la aplicación de los principios de la autonomía individual y de la dignidad, el estado de necesidad agresivo justificante *queda reducido a una expresión mínima* a expensas de quien debe quedar reducido (a expensas de quien resulta justo que quede reducido): *del responsable pleno o preferente por el peligro o del competente pleno por la situación de necesidad (el necesitado, dominus del casus)*.

Con ello, la ponderación de bienes o de intereses, el mero cálculo utilitarista, pierde toda relevancia. En un sistema de justificación liberal son *principios* los que ordenan y rigen todo el proceso de la justificación por necesidad (desde su origen hasta el final): el principio de responsabilidad (derivado de la autonomía) y el principio de dignidad de la persona humana.

Por lo tanto: si el peligro deriva de un responsable (pleno o preferente), *debes* dirigir tu respuesta hacia esa fuente responsable.<sup>722</sup> Si el peligro no reconoce responsable detrás, debes asumirlo porque eres *dominus del casus* y no andar repartiéndolo o cargándolo a otros que ni siquiera revisten esas condiciones mínimas (ni responsables ni *dominus de casus* alguno), es decir a inocentes.<sup>723</sup> Sólo si nada de ello es posible, tu autonomía y/o tu dignidad

<sup>721</sup> Matar a un inocente, aunque exista una situación de necesidad, no puede justificarse. Poco claro, pero aceptando la excusa y no la justificación: Así, "... en el caso del transporte de un herido o enfermo urgido de asistencia médica, no queda otro recurso que proceder con premura, conduciendo velozmente el transporte en que se lo traslada y a falta de sirena u otro elemento exteriorizante, la única manera de anunciar el paso veloz es hacer señales con las luces o agitar un pañuelo blanco. Dicha emergencia lleva implícito conducirse a alta velocidad y realizar maniobras no aconsejadas en los Reglamentos. Por lo que se acepta el estado de necesidad que influyó y determinó la conducta asumida por el imputado. Es así que la conducta del necesitado habría sido típica e ilícita pero no culpable." (CCC de San Martín, Sala 1, 06.10.1992, "Cárdenas, Julio C. y otro", JA 1993-III, síntesis).

<sup>722</sup> "... la única vía de solucionar el mal en el caso (fuertes dolores de un ser querido que se moría), era apoderarse de un dinero que, en la mentalidad de la encausada bien pudo juzgarlo en justicia personal como propio, pues había sido ganado con su trabajo de doméstica y el mismo *le era adeudado por sus empleadores*." (CCC, sala 4, 11.6.1987, "Cabral, Isabel", JA 1987-IV-293).

<sup>723</sup> Muy distinto aquí BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 134: "en todos los casos en los que el peligro no sea reconducible a una esfera organizativa individual, por ejemplo, en todos los casos de peligros dimanantes de la propia naturaleza, las situaciones de necesidad *se regirán por las reglas del estado de necesidad agresivo*" (destacado mío). Ello porque lo que aquí se sostiene, en cambio, es que quien termina decidiendo cómo se



de persona están amenazadas, y se cumplen todas y cada una de las condiciones que habilitan el descargo del mal a un inocente, tendrás un permiso en la forma de un derecho. Pero de un derecho muy mínimo, un *derecho como potestad o como facultad*, a injerirte en la esfera de libertad de un inocente.<sup>724</sup>

Veamos esas condiciones.

## **2. Condiciones a las que hemos supeditado la existencia del permiso subsidiario y excepcional, en forma de *derecho como facultad* (derecho mínimo), del necesitado en situación de necesidad agresiva.**

Hemos dicho en su lugar, que el *permiso* para el necesitado de injerirse lesivamente en la esfera de derechos de un tercero inocente para salvarse de un mal que lo amenaza (*derecho como potestad o facultad*, o derecho mínimo) sólo nacerá y se validará si concurren en el caso, un conjunto de condiciones que le permitan transformar un deber negativo fuerte (*neminem laedere*) en ese derecho mínimo.<sup>725</sup> Y ellas son:

**2.1. El requisito de la necesidad:** Que el mal que se causa para evitar el peligro que amenaza sea *necesario y adecuado* a las circunstancias. Esta condición integra el requisito base de la situación de necesidad. Es decir que el mal que al necesitado amenaza debe ser *real* (no imaginado), a lo menos *inminente* (que puede producir un daño en cualquier momento), y que no le deja otra alternativa para evitarlo que la de plantear el conflicto en términos agresivos y, con ello, la lesión típica de un tercero inocente (*criterio de la necesidad absoluta*). Como veremos, la huida o la elusión, que no son exigibles en legítima defensa ni

---

configura la situación de necesidad (si como reacción contra la fuente de peligro o como acción contra un inocente) es el necesitado, que plantea y hace nacer, en sentido propio, la situación de necesidad como un conflicto (en donde había peligro, ahora hay conflicto).

<sup>724</sup> Ticio me decía que no veía demasiadas diferencias entre mi propuesta y la de Baldó. ¡Son muchas! Entre ellas: a) Baldó no distingue entre responsabilidad y competencia; b) no le da la importancia que yo le doy al *casus*; c) entiende que el inocente tiene, de entrada, un estatus de *tercero solidario*: tercero en tanto ha sido ajeno a la creación del peligro y solidario, en cuanto que queda sometido a deberes de solidaridad intersubjetiva para con el sujeto necesitado (Baldó, *Estado de necesidad...*, 121 y nota 260). En mi propuesta, el inocente siempre es un tercero inocente. En el principio y hasta el final. Sólo “se llegará”, a él luego de superar varias barreras que imponen los principios de autonomía y de dignidad y, si lo hacemos, no es porque revista el carácter de tercero solidario. Su estatus es el de persona inocente, sobre el que habilitaremos una mínima injerencia, si es posible con su consentimiento, basados en su propio reconocimiento del otro como persona, es decir, un ser dotado de dignidad.

<sup>725</sup> Decía Max Ernst Mayer: “a cada caso singular de *hallarse facultado* corresponde una causa de justificación; muchas puertas interrumpen el muro, son muchas las circunstancias que se deben considerar. Estar facultado... es la puerta de acceso a los intereses de otro...” (MAYER, *DPPG*, 353).

en estado de necesidad defensivo, sí puede serlo en estado de necesidad agresivo (si ella constituye la única opción para evitar el daño al inocente).<sup>726</sup> Este requisito principalísimo de la necesidad, integra o agrupa, además, las siguientes condiciones (o requisitos vinculados):

**2.1.1. La condición de la subsidiariedad, esto es que no exista un responsable por ese peligro que amenaza.** Porque, como vimos, y en virtud del principio de *responsabilidad por el propio acto organizador*, si existe un responsable pleno o preferente por el peligro, el necesitado deberá plantear el conflicto en forma de reacción contra esa fuente de peligro.<sup>727</sup> Resulta éste el candidato preferido o preferente para soportar la reacción del sujeto necesitado, y, además, si existe un responsable primario también existirá una alternativa que no convertirá la acción contra el tercero en la única opción posible (subsidiariedad del estado de necesidad agresivo).<sup>728</sup> O,

**2.1.2. Que, si existe un responsable NO SEA POSIBLE actuar (reaccionar defensivamente) contra él,** porque no está presente, o no es reconocible, o porque la reacción se muestra insuficiente o ineficaz para evitar el mal que amenaza (necesidad).

**2.1.3. Que tampoco resulte exigible para el necesitado una defensa en forma de reacción,** porque que el necesitado asuma el riesgo en su persona en tanto *dominus del casus*, es decir de competente mínimo o señalado por el destino para soportar el mal que a él le tocó, implicaría para él mismo una pérdida relevante o significativa en términos del autonomía o de dignidad.

---

<sup>726</sup> Véase *supra*, punto 2.1.1.4.2.

<sup>727</sup> Muy de acuerdo aquí BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 156: “*si existen sujetos competentes –más o menos responsables- por el peligro que crea la situación de necesidad y es posible resolver la situación de conflicto con cargo a intereses de estos sujetos, parece justo que no se exija solidaridad a terceros totalmente ajenos a la fuente de peligro amenazante –en absoluto responsables-.*” (Destacados míos).

<sup>728</sup> Aquí se exige necesidad absoluta del mal para el estado de necesidad agresivo. Ver *infra* este mismo capítulo. La jurisprudencia no es clara, ni mucho menos, en este punto. Sí se advierte que existe *un mayor valor* (menos mal) en la reacción contra la fuente de peligro que en el ataque a un inocente. Pero las respuestas que se dan apelan al error (¿?), o a una situación de reducción de la capacidad de culpabilidad. Así: (hechos: el imputado dejó de percibir sus haberes del empleador y le hurtó bienes por un valor aproximado al adeudado. El dueño reconoció la deuda. Situación económica de penuria del acusado, de escaso nivel cultural. Error)... “La situación de una persona que deja de percibir sus haberes con los cuales cubre las necesidades básicas de manutención y que lo llevan a cometer un ilícito de las características en estudio –hurta los bienes peritados con un valor aproximado al que le adeudara su dueño, quien reconoce la deuda con el inculcado- más el escaso nivel cultural que posee el acusado, conllevan a interpretar que apeló a este medio por desconocer otros legales y por encontrarse acuciado por la situación económica que lo obligó a optar entre dos males, la comisión del ilícito o el hambre (CCC, Sala 5, “Gamboa C.”, reg. 17923, 12/3/1985, saij 85060031). Y “...Este tribunal ha llegado a considerar legítimo dar contraorden de pago al banco pretextando un extravío cuando quien ha dado un cheque se halla frente a una actitud fraudulenta del tenedor. También *incurre en error disculpable* (¿?) quien imparte la contraorden en dichas condiciones. Constituye error excluyente del dolo la abstención de pagar el cheque frente a exigencias injustificadas del tenedor sobre tiempo y lugar de pago”. (CNPE, Sala 2, “Schenquerman, Eugenia y otro s/art. 302 del CP”, 25/5/1990, saij 90180026).

#### **2.1.4. Que requiera previamente, si es posible, el consentimiento del inocente:**

Que el necesitado pida, si puede, antes de accionar contra el inocente, su ayuda o la prestación que le demanda (exigencias que también derivan de los principios de autonomía y de dignidad).<sup>729</sup> Porque quien consiente, no sufre mal alguno.<sup>730</sup> Y, de ser negativa la respuesta, que no exista/n otro/s a quien/es solicitarla o una alternativa distinta en la emergencia (el taxi o la ambulancia en el ejemplo de Rigoberto, el accidentado). Si alguna de estas alternativas existen no habrá, de nuevo, *necesidad*, requisito fundamental de la eximente.

**2.2. Que la diferencia de males sea esencial:** Que la diferencia entre el mal que se evita y el mal que se causa al tercero inocente sea, ¡y parezca!, sustancial (ponderación de males con diferencia sustancial o esencial).

**2.3. Que no se superen los límites que imponen la autonomía y la dignidad al ejercicio de la facultad de salvaguarda:** es decir que esa injerencia lesiva en la esfera de libertad del tercero inocente, de ningún modo comprometa o amenace siquiera mínimamente su propia existencia, sus derechos fundamentales o aquello que ese tercero considere *ex ante*, que resulta especialmente valioso o relevante para su propio plan de vida (para su libertad expresiva o para propia biografía, en términos de Pawlik) (de nuevo autonomía y dignidad).

**2.4. Que, *posteriormente*, siempre se resarza el daño:** Que, en cualquier caso, si se acciona contra el tercero inocente, se lo indemnice por los daños que se le causan. Y, que *ex ante*, el necesitado tenga claro que él mismo (o alguien) deberá resarcir el daño que causa por salvarse del peligro. Dice Nino:

“el hecho de que una acción realizada en estado de necesidad pueda ejercerse sobre bienes que sólo pueden ser sacrificados si se provee de una compensación adecuada a sus titulares, muestra una notoria deficiencia en la teoría del delito predominante en los países de tradición continental. Bajo la idea de unidad de la antijuricidad, los juristas dogmáticos sostienen que si una acción está penalmente justificada también lo estará civilmente y, por lo tanto, no podrá dar lugar a una indemnización civil. Existen sin embargo casos en los que la justificabilidad de una conducta depende, precisamente, de que se provea a la víctima de una

---

<sup>729</sup> De acuerdo, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 156: “si es posible resolver la situación de necesidad sin recurrir a la regla permisiva de resolución de conflictos jurídico penales del estado de necesidad agresivo, porque un tercero se presta libremente (consentimiento) a sacrificar intereses propios para salvaguardar los intereses del sujeto necesitado, ¿por qué íbamos a exigir solidaridad intersubjetiva a otros, cuando la situación de necesidad ya está resuelta satisfactoriamente?”

<sup>730</sup> “For it is a trite saying even in common speech, that he who consents suffers no wrong.” (PUFENDORF, *Two Books...*, I, Def. XVII, n. 8).

compensación adecuada.”<sup>731</sup> Esos son, precisamente, los casos de estado de necesidad agresivo, en los que se actúa contra un inocente.

Así, por ejemplo: i) “No hay, en principio, razón alguna para que quien rompe un vidrio de una casa vecina para impedir la propagación de un incendio a su propia casa, no deba indemnizar al propietario de aquella por el daño causado”,<sup>732</sup>

ii) si el montañista en peligro de morir congelado, no tiene otra alternativa que ingresar a la cabaña ajena, usar la leña para calentarse y alimentarse con los víveres del propietario ausente podrá hacerlo, claro está. Pero lo que corresponde es que, una vez superada la situación de peligro que a él le tocó enfrentar, regrese a esa cabaña (más pronto que tarde), y reponga todo aquello que utilizó (deje las cosas, por lo menos, en el mismo estado en que las encontró);

iii) si el papá de Rigoberto obtiene el automóvil para transportar a su hijo accidentado al hospital, debe devolverlo lo más pronto posible y en las condiciones en que lo recibió (previamente lavado, por ejemplo, si el tapizado se ha manchado con sangre).

Si las cosas no suceden así, es probable que el montañista y el papá de Rigoberto enfrenten un proceso penal por daños. Y, en ese contexto, la vía del resarcimiento o de la compensación del daño, también está habilitada en la ley penal argentina, con efectos extintivos de la acción penal (de la pretensión de pena) y merced a un procedimiento que ya se practica y que suele ser muy sencillo (una audiencia en la que se hace una oferta - o un acuerdo o conciliación previos a homologar posteriormente por el juez-, pago y sentencia).<sup>733</sup>

Cierto es que la *cuestión acerca de quién debe resarcir el daño* está muy debatida. La doctrina penal objeta que sea el necesitado, porque en tanto sujeto extraño (ajeno) al peligro que derivó en la situación de necesidad, no existe razón para que recaigan en él sus consecuencias gravosas.

---

<sup>731</sup> Ver NINO, *Los límites...*, 478. A menos que se piense que la propiedad es un bien que corresponde a “la generalidad” o que son bienes del común transitoriamente en poder de alguno y susceptibles de recuperación en caso de necesidad. Ver *supra* notas 253 y 249.

<sup>732</sup> NINO, *Los límites...*, 478.

<sup>733</sup> Se trata de los institutos de la conciliación y de la reparación integral del perjuicio como causas extintivas de la acción penal, que se introdujeron en nuestro Código penal en el año 2015 en el artículo 59 inciso 6to. y que, aún cuando no aparezcan todavía reglamentados en los Códigos de procedimiento penal (que en la Argentina son locales) se utilizan a diario.

En cambio, si existe un tercero responsable (pleno o preferente) por el peligro será éste quien deba indemnizar el daño en última instancia.<sup>734</sup> Pero si el peligro se origina en naturaleza o en accidente (*casus*), existen tres posturas en disputa y cuya aceptabilidad depende de la posición que asumamos frente a las cosas. Ellas son:

a) **la que proviene del principio del *casus***, y que es, por cierto, la que aquí se prefiere. Si no existe un responsable por el peligro, cada individuo debe cargar con los daños de aquellas circunstancias que lo afectan directamente, sin que las demás personas, o la sociedad en su conjunto, tengan obligación alguna de cargar con ellos;

b) **la de un reparto entre necesitado e inocente:** sus partidarios sostienen que los daños de un hecho accidental *deben ser soportados en conjunto por todos aquellos que sufran sus consecuencias* de manera directa o indirecta. La acción necesitada es, para quien ve sacrificado uno de sus bienes en beneficio de la preservación de un interés mayor, *también una consecuencia accidental de otro hecho accidental* y, por lo tanto, él tiene que compartir con el agente los daños (con ello, la compensación que la víctima tendrá derecho a percibir será parcial). Esta alternativa se vincula más con un sistema de causas de justificación basado en la teoría del interés preponderante, que aquí se rechaza.

c) **La de un seguro colectivo:** la tercera alternativa es una concepción todavía más solidarista de la organización social, según la cual *es la sociedad en su conjunto* la que debe cargar con los daños derivados de hechos fortuitos que sufren sus miembros, debiendo el Estado proveer de compensación a la víctima de la acción necesitada, poniendo en práctica, por ejemplo, una especie de sistema de seguro colectivo.<sup>735</sup> Esta opción podría resultar admisible en un sistema liberal, sólo para los supuestos de peligro derivados de *casus*. No para aquellos en los que existe un responsable (pleno o preferente) por él.

Veamos ahora cómo se integran estas exigencias en el análisis de cada uno de los requisitos legales de la eximente y en nuestro sistema jurídico penal. Anticipo que no serán necesarias, por ahora, reformas legislativas o ampliaciones del tipo legal de la justificante. Mi propuesta es *de lege lata*.

---

<sup>734</sup> NINO, *Los límites...*, 480.

<sup>735</sup> NINO, *Los límites...*, 480.



## **Capítulo XVI. Interpretación restrictiva de los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación de estado de necesidad agresivo.**

Un estado de necesidad agresivo justificante subsidiario, excepcional y mínimo, debe reconocer en los requisitos que integran la eximente esos mismos límites señalados por los principios de autonomía y de dignidad. Al mismo tiempo, las otras dos estructuras que integran la tríada de las justificaciones por necesidad, la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo, exhibir en sus requisitos propios un alcance o una extensión distintos. Precisamente, porque ya no comparamos intereses sino *males* y lo hacemos partiendo del principio de autonomía (y de su derivado: la responsabilidad) y del principio de dignidad. Veamos si podemos constatarlo.

### **1. Bienes o intereses que pueden ser defendidos y afectados en estado de necesidad: límites.**

La fuerte limitación de la estructura de estado de necesidad agresivo que propongo transformándolo en un permiso subsidiario, excepcional y mínimo, nos lleva a diferenciar los bienes o intereses que pueden ser tanto defendidos como afectados en situación de legítima defensa y de estado de necesidad defensivo, por un lado, y en estado de necesidad agresivo por el otro.

En España, explica Silva<sup>736</sup>, inicialmente los peligros que podían hacer nacer la justificación por estado de necesidad eran sólo los vitales y, concretamente, se limitaban a los casos de hurto famélico. Pero el Tribunal Supremo español fue ampliando progresivamente esos peligros. De “*vitales*” se pasó a “*cuasi vitales*” y, de allí, a la exigencia “*de que no se*

---

<sup>736</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad...”, 667.

*trate de carencias leves sin afectación biográficamente relevante*".<sup>737</sup> La doctrina también lo ha ido ampliando, algunos más que otros y por diferentes caminos y distintas razones.<sup>738</sup>

En Argentina se dio una situación similar.<sup>739</sup> La doctrina nacional actual es muy amplia y no hace distinciones claras entre las distintas situaciones de necesidad justificantes ni entre bienes o intereses que aparecen amenazados y pueden ser defendidos y aquellos que pueden ser afectados por la acción de salvaguarda.<sup>740</sup> En Alemania, Jakobs no encuentra limitación alguna en la ley y, por tanto, entiende que cualquier bien que puede ser defendido en legítima defensa, puede serlo en estado de necesidad (defensivo o agresivo).<sup>741</sup>

Creo que podemos y que debemos hacer una distinción entre las esferas de libertad o de autonomía (entre cuáles bienes o intereses individuales) que pueden ser defendidos en situaciones de necesidad defensivas por un lado (legítima defensa y estado de necesidad defensivo justificante), y agresivas por el otro (estado de necesidad agresivo justificante), partiendo, de nuevo, del principio de la autonomía y del principio de dignidad. En el primer caso, su extensión será amplia (generosa); en el segundo, muy restringida.

---

<sup>737</sup> WILENMANN, *La justificación...*, 590. Wilenmann, por ejemplo, se inspira para la distinción ya referida de Pawlik que propone el criterio de lo "biográficamente relevante" es decir que "un peligro puede, de acuerdo con este criterio, gatillar una situación de necesidad agresiva si y sólo si su realización como peligro tendría un peso significativo en la vida del sujeto". Y es bien generoso, según lo entiendo, al apreciar la gravedad de ese peligro "en las pretensiones de autonomía vital de un sujeto", las cosas pueden tener ese valor (la casa familiar o el automóvil de aquella familia pobre que vimos al principio), pero también resultan pérdidas biográficamente relevantes la de la mascota muy querida, o la de la cosa sin gran valor de mercado pero con un contenido que resulta "para el sujeto, muy relevante"

<sup>738</sup> Ver WILENMANN, *La justificación...*, 591.

<sup>739</sup> "La existencia del estado de necesidad debe juzgarse dando a la letra de la ley una mayor flexibilidad que la que tuviera a principios de siglo, en atención al cambio de circunstancias que revelan una afligente situación económica padecida por gran parte de la población...". (CCC, sala 4, 29.11.1988, "Gómez, Miguel A.", II Documento N° 41668.

<sup>740</sup> Ver Righi-Fernández: "cualquier bien jurídico puede ser protegido mediante el estado de necesidad. El único límite está referido a la jerarquía de los bienes que entran en colisión. La ley tampoco establece limitación relativa a los bienes ajenos que pueden afectarse por la acción necesaria (RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 199). Asimismo, Donna: "procede con respecto a todos los intereses que merezcan protección jurídica. No hay limitación en cuanto a los bienes jurídicos". Pero, a la vez, kantiano como es, resulta uno de los pocos que señala un límite en la dignidad: "La limitación es que no se pueden salvar bienes jurídicos si se afecta la dignidad del hombre o este es usado como medio", (DONNA, *Teoría del delito...*, 162). Destacados míos. Para ese límite que impone el principio de dignidad, véase también NINO, *Los límites...*, 476. Creus distingue entre "bienes defendibles" y "bienes atacables": "Cualquier bien jurídico es defendible de esa manera, pero no cualquier bien jurídico es atacable en función de tal defensa sino el que es menos valioso que el que se procura alejar del peligro de ser vulnerado" (CREUS, DPPG, 315). (Véase que el límite en este autor no es la autonomía o la dignidad sino el valor relativo entre ambos, lo que deja la puerta abierta a los excesos que vengo denunciando).

<sup>741</sup> JAKOBS, DPPG, 13/9. "Susceptible de estado de necesidad es todo bien que lo es de legítima defensa es decir todo bien jurídicamente reconocido y configurado con carácter absoluto. El catálogo del § 34 StGB (estado de necesidad justificante), contrariamente al del § 35 StGB (estado de necesidad disculpante) no es cerrado".



Veamos:

### **1.1. Defensa de intereses en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo impuestos por los principios de autonomía y de dignidad:**

*Si existe un responsable por el peligro, de cualquier tipo que sea (pleno o preferente), la respuesta se habilita frente a cualquier mal (peligro que amenaza a un interés) que el sujeto amenazado por ese peligro no esté obligado a soportar y en los términos de cada una de las justificantes (racionalidad para la legítima defensa, proporcionalidad para el estado de necesidad).*

*Si no existe un responsable detrás (o no resulta reconocible), el principio de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas, hace que el peligro lo deba asumir, en principio, el afectado por ese peligro, el necesitado en tanto dominus del casus. Y que no tenga “derecho” (salvo muy excepcionalmente y en forma de potestad o de facultad, esto es, un derecho mínimo) a repartir (“a socializar”) entre inocentes el peligro que a él le ha tocado y que él mismo debe asumir o resolver.*

Así entonces, *en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo, no existen límites cualitativos* (tipo de bien o de interés) ni en la ley, ni derivados del principio de autonomía que impidan aceptar que cualquier bien o interés personal pueda ser defendido. Tanto los bienes personalísimos (vida, integridad, honor personal), como los de carácter patrimonial o económico pueden ser salvados legítimamente, bajo la protección de la justificación por necesidad. Sí que existen límites cuantitativos (alcance de la lesión permitida). Y esos límites vienen impuestos por el principio de la dignidad de la persona humana. Como se refieren a la magnitud del daño que la acción de salvaguarda del necesitado puede causar en el responsable por el peligro, “la cantidad de mal” que contiene o implica la respuesta, no tiene que ver con la identificación de los bienes o intereses que pueden ser afectados en situación de necesidad agresiva o defensiva, que es lo que ahora nos ocupa. Estos límites se transfieren a (u operan en) el momento de la ponderación de los males.

### **1.2. Defensa de intereses en estado de necesidad agresivo y sus límites impuestos por los principios de autonomía y de dignidad:**

Pero *en los supuestos de necesidad agresiva* la situación y la solución son distintas. En un sistema liberal o que pretenda ser reconocido así, sí existen límites cualitativos (tipo de

bien o de interés) *y también cuantitativos* (cantidad de lesión que se admite o prohíbe) para el estado de necesidad agresivo. Respecto de los primeros, en estado de necesidad agresivo justificante, desde una axiología que pone el acento en la autonomía individual y en la dignidad de la persona humana, estarán excluidos (límites absolutos) lesiones a algunos bienes o intereses personalísimos (vida e integridad física, libertad casi en su totalidad) y sólo se admitirán afectaciones mínimas a otros (libertad, honor, propiedad).<sup>742</sup>

Respecto de los *límites cuantitativos* (cantidad de lesión que se admite o prohíbe):

a) *el Derecho no habilitará al necesitado injerencias en las esferas de autonomía de inocentes derivadas de riesgos o peligros que lo amenazan que sean mínimos o insustanciales ni;*

b) *la causación de males que supongan una afectación mínimamente relevante de la autonomía del inocente (de su propio plan de vida) o de su dignidad.*

Pero, de nuevo, eso no hace al reconocimiento de un derecho o de un interés como susceptible de ser defendido o no (que es lo que tratamos ahora), sino al requisito de la necesidad los primeros (males insustanciales o mínimos que amenazan) y al de la ponderación de males, los segundos.

### **1.3. ¿Defensa de bienes colectivos en estado de necesidad?**

La amplitud de la fórmula argentina habilita también la discusión acerca de si los *bienes colectivos* pueden defenderse en estado de necesidad justificante. Las doctrinas alemana y española, en su gran mayoría, rechazan la legítima defensa del Estado o de sus bienes, prefiriendo su protección o salvaguarda sólo por vías institucionales. Pero no sucede lo mismo con el estado de necesidad. Así, a favor Jakobs<sup>743</sup>, aunque con restricciones.<sup>744</sup> Su

---

<sup>742</sup> Mi codirector, Ivó Coca Vila, me acerca una propuesta, que no conocía y que ha tenido a bien traducirme. Resume el planteamiento de Greco en Roxin/Greco, AT, 5ª ed., 2020, § 16 núm. 10ª: La sociedad, mediante el ordenamiento jurídico determina la primera la regla de distribución y adquisición de derechos y de bienes y, por lo tanto, tiene derecho a exigir su devolución en favor de la comunidad, a modo de expropiación forzosa. De aquí se deriva que solo los derechos adquiridos, esto es, propiedad y patrimonio, pueden ser objeto de un deber de tolerancia en estado de necesidad agresivo, pero nunca derechos innatos, esto es, vida, integridad física y libertad. El sacrificio de estos derechos por razones de solidaridad nunca sería jurídicamente exigible.” Me acerco entonces, sin saberlo, a Greco en su conclusión, pero no en su fundamento.

<sup>743</sup> “El auxilio también se puede prestar a favor de bienes en manos del Estado, y sobre todo tiene importancia, junto al auxilio al estado de necesidad del Estado, en los supuestos en los que falta una agresión completamente imputable”. (JAKOBS, DPPG, 13/10)

<sup>744</sup> No procede en casos de puestas en peligro abstracto de bienes en manos del estado (*per saldo* no se salvaguarda ningún interés preponderante); cuando sólo es posible la salvaguarda mediante un procedimiento

procedencia, se afirma, está limitada a que el Estado no se encuentre en capacidad de intervenir para preservar el interés colectivo amenazado (por ejemplo, si se puede llamar a la autoridad).<sup>745</sup> En España Cerezo Mir, Silva Sánchez y otros se muestran favorables a la defensa de intereses supraindividuales en estado de necesidad.<sup>746</sup>

Pero la respuesta, con esos alcances, no me parece satisfactoria. Preciso resulta, de nuevo, distinguir. En ninguna situación de necesidad (ni las que dan lugar a una legítima defensa, ni en un estado de necesidad defensivo o agresivo) el Estado está presente y, por eso mismo, es que habilitamos la defensa privada que, de lo contrario a él le correspondería. Creo, por ello, que la defensa del bien o del interés colectivo (en forma de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo) *se habilita siempre que el Estado no esté en capacidad de preservar el interés colectivo amenazado (es decir el de todos) o no aparezca dispuesto a hacerlo.*<sup>747</sup>

Claro que la subsidiariedad de la acción defensiva del interés público o común no existe si no hay necesidad. Tampoco si el medio elegido no resulta apto (adecuado) o mínimamente racional para la defensa que se pretende o si el individuo particular no puede reemplazar al Estado en esa función de defensa. Por ejemplo:

“No puede invocarse el estado de necesidad para justificar, en el caso, la privación de la libertad de la tripulación y demás pasajeros de un avión comercial como consecuencia de que se lo desvió de su ruta normal para hacerlo volar y aterrizar en las Islas Malvinas, porque no se puede alegar que se causó un mal para evitar otro mayor, inminente, al que eran ajenos los imputados, desde que se está en presencia de una situación ya ocurrida, ocupación de ese territorio por otra Nación, aunque no concluida ni consentida, y que el Poder Ejecutivo ha empeñado su acción, al punto que es público y notorio que se está tratando por vía diplomática”.<sup>748</sup> Asimismo,

---

estatalmente garantizado (administración de justicia), o cuando los órganos del estado con capacidad de acción manifiestan su negativa al auxilio (prevalece la posibilidad de la protección organizada estatalmente). JAKOBS, DPPG, 13/11. Problemáticos, respecto de esto último, resultan *los piquetes* que, en mi país y desde ya algún tiempo, suelen ir “acompañados o custodiados” por la policía que protegen a los encapuchados, enmascarados y violentos que portan palos e impide cualquier reacción ante el injusto, o la acción de la policía para que restaure el orden que es la, razonable, expectativa social. La lesión aquí es tanto a intereses comunes o generales (la paz social) pero por cierto que mucho más directa y sensible a intereses individuales (la libertad).

<sup>745</sup> Así ROXIN, DPPG, 16 nm. 10; WILENMANN, *La justificación...*, 584 y ss., GARCÍA CAVERO, DPPG, 633-634. Habilitan la defensa de bienes jurídicos de la generalidad en estado de necesidad, HILGENDORF-VALERIUS, DPPG, 106.

<sup>746</sup> Cerezo Mir, “cabe invocar estado de necesidad para evitar un mal a la sociedad o al Estado, o frente a la agresión ilegítima de intereses supraindividuales a diferencia de lo que ocurre con la legítima defensa. Dijo el TS 23.02.1981: “pudiendo el mentado auxilio necesario referirse a la comunidad. (CEREZO MIR, “Noción de estado de necesidad, 203). El bien jurídico en peligro puede ser propio o ajeno, cuando es ajeno no es preciso que su portador sea una persona física o jurídica, sino que puede serlo la sociedad o el Estado, como órgano del poder soberano (en ese sentido SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad”, 671-672). Asimismo MIR PUIG, DPPG, 396-397.

<sup>747</sup> De acuerdo, entre nosotros, Donna: “Esto significa que, contrariamente a lo sostenido frente a la legítima defensa, puede darse el estado de necesidad con el fin de salvar bienes colectivos o del Estado, ya que esto se deduce de la propia naturaleza de la institución”. (DONNA, *Teoría del delito y de la pena...*, 157).

<sup>748</sup> CFed. de Bahía Blanca, 05.12.1966, “Aerolíneas Argentinas”, LL 125-9.

“... difícilmente puede hallarse un estado de necesidad tal, que autorice la quiebra del orden constitucional toda vez que no sólo la propia Ley Fundamental lo prohíbe, sino que al mismo tiempo fija los procedimientos aptos para su defensa.”<sup>749</sup>

Pero si un sujeto está arruinando el mural del artista Antonio Seguí en la estación Independencia de la línea E del subterráneo porteño, y yo puedo impedir que lo haga, corresponde que intervenga de inmediato, salvo que exista un policía cerca a quien acudir (y que, además, muestre algún interés en hacerlo...)<sup>750</sup> En cambio, la defensa del interés colectivo a través de la lesión típica de un inocente (estado de necesidad agresivo), no está nunca habilitada.<sup>751</sup>

## **2. Los requisitos expresamente previstos en la fórmula del artículo 34.3. del CPA.**

Los elementos de la justificación por necesidad (defensiva y agresiva) expresamente previstos en el art. 34.3. CPA son los siguientes:

*2.1. Requisito primero: la situación de necesidad* (éste es el “súper requisito” de base para todas las justificaciones y las excusas nacidas de la necesidad, y que integra o agrupa, a la vez, a los siguientes sub requisitos o condiciones: A.1. de la *necesidad* (o subsidiariedad); A.2. de la existencia de un *mal (peligro) que amenaza* y; A.3. del *mal que se causa*.

*2.2. Requisito segundo: la ponderación de males.* Que, habiendo superado a la idea de la salvación del interés preponderante como criterio rector, se basará principalmente, en el principio de la autonomía individual y en sus derivados (responsabilidad y dignidad).

*2.3. Requisito tercero: la extraneidad del necesitado.*

---

<sup>749</sup> CCC Fed., sala II, 29.04.1988, “Videla, Jorge R. y otros”, JA 1988-III-295.

<sup>750</sup> Son más de 100 los murales, trabajos en arcilla y mayólicas que decoran la red de subtes de Buenos Aires, realizados por decenas de artistas desde 1930. Alguna noticia puede verse en [https://www.clarin.com/ciudades/galeria-arte-tierra-buscan-proteger-murales-varias-estaciones-subte\\_0\\_H1n6uL6gQ.html](https://www.clarin.com/ciudades/galeria-arte-tierra-buscan-proteger-murales-varias-estaciones-subte_0_H1n6uL6gQ.html) . Respecto de aquel al que me refiero, el del cordobés Seguí, fallecido no hace mucho, puede verse <https://enelsubte.com/noticias/presentaron-el-nuevo-mural-independencia-1625/>

<sup>751</sup> Ver este Capítulo, *supra* punto 1.3. Resumo las razones: El responsable principal de cuidar los bienes comunes es el Estado. Y el tercero auxiliador no puede (no tiene la competencia o la potestad de) transformar el deber negativo fuerte de no injerencia (*neminem laedere*) en un derecho débil como potestad o facultad. Sólo es el afectado por el peligro, el Estado en el caso, quien puede hacerlo.

## 2.4. Requisito cuarto: el requisito subjetivo.<sup>752</sup>

### 2.1. El (súper) requisito primero: la situación de necesidad:

*“antes que nada se ha de probar de todos modos, si puede de otro modo salvarse la necesidad; a saber: recurriendo al magistrado, o intentando obtener, con ruegos del (al) dueño, el uso de la cosa.” (Hugo Grocio)<sup>753</sup>*

La situación de necesidad es el requisito conceptual de base, fundamentador de las justificaciones por legítima defensa, por estado de necesidad (defensivo y agresivo) y de la excusa por necesidad.<sup>754</sup> Es una *situación de conflicto que aparece cuando un peligro (mal) amenaza la esfera de intereses de un sujeto y éste, acuciado por el peligro y para escapar de él,<sup>755</sup> decide a la vez ocasionar un mal a otro, ahora en forma de lesión.<sup>756</sup>*

Como vimos, si el mal reconoce fuente en una persona y ésta lo origina con dolo (*responsable pleno por el peligro*), el conflicto queda primariamente ordenado y fijado como

---

<sup>752</sup> En la jurisprudencia a veces la nómima aparece incompleta: i.e. (falta el elemento subjetivo) “... deben concurrir una gama de requisitos sin cuya presencia cabe descartarlo... el mal que se pretende evitar debe ser inminente, el mal causado de menor entidad que el que se pretende evitar, el actor extraño al mal mayor y no debe estar obligado a soportarlo y la causación del menor debe ser inevitable” (CF de San Martín, “Vera, R.V. s/hurto de energía”, registro 56, 26.8.1987, Saij 87270033). Y otras más completa, “...es menester que la acción delictuosa en juzgamiento haya sido para evitar un mal mayor, actual e inminente que el agente no haya provocado, le fuera extraño y no haya estado jurídicamente obligado a soportar (del dictamen del Fiscal de Cámaras en CCC, “Carballude, María V”, 3.6.1959, LL, 96-230).

<sup>753</sup> GROCIO, *El Derecho de la Guerra y de la Paz*, 294-295. El original dice: “...*omni modo primun tentandum an alia ratione necessitas evadi possit, puta adeundo magistratum; aut etiam an rei usus a domino possit precibus obtinieri*”. El párrafo sigue, en su traducción, así: “Platón permite que se tome agua del pozo ajeno, si alguno perforó la creta para buscar agua, y Solón sí perforó el suyo cuarenta codos; y aquí añade Plutarco: que se pretendía *remediar la necesidad, no fomentar la pereza*. Jenofonte, en la respuesta a los Sinoptenses, dice: *Donde no se nos concede el derecho de comprar, lo mismo en tierra de bárbaros que de griegos, allí tomamos lo que nos hace falta, no por protervia, sino por necesidad*”. Agradezco al doctorando en la UPF y mi amigo, Agustín Alessi, que me haya advertido de la existencia de estas sentencias en la obra, realmente notable, de Grocio.

<sup>754</sup> Algunos denominan a este requisito de base “estado de necesidad”, lo que dificulta la distinción entre la causa de justificación y uno de uno de sus elementos o requisitos. Ver, por todos, Mir Puig: ... sus elementos son cuatro: 1) el estado de necesidad; 2) que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 3) la no provocación de la situación de necesidad; 4) la falta de obligación de sacrificarse del necesitado (MIR PUIG, DPG, 10ma., 470).

<sup>755</sup> El adjetivo *acuciante* deriva del verbo acuciar, presionar, apremiar, urgir (*Drae*). Lo que quiero señalar con su empleo es que el necesitado no está obligado, pero sí apremiado o urgido por las circunstancias que le imponen la toma de una decisión: o la de asumir el mal que a él lo amenaza, o la de llevar a cabo alguna acción (en forma de reacción o de acción) de modo imperioso o perentorio.

<sup>756</sup> Definición más clásica, la de Von Liszt ya en 1888: “*toda situación de conflicto de intereses (bienes jurídicos, deberes) en que para la salvación o el cumplimiento de uno es preciso poner en peligro, y eventualmente lesionar (o infringir), el otro.*” (VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, t. 2, 340). “Es una situación de peligro actual para un bien jurídico propio o ajeno, es decir una situación en la que aparezca como probable la lesión de un bien jurídico”. (CEREZO MIR, “*Noción de estado de necesidad ...*”, 200).

una situación de legítima defensa y se rige por sus reglas propias (agresión dolosa –ataque-antijurídico, que crea un peligro no provocado a la esfera de intereses de otro, y que habilita al necesitado o a un tercero auxiliador, a reaccionar contra la fuente de ese peligro con la máxima intensidad y con los límites de la necesidad y de la racionalidad). Si la respuesta es mayor a la necesaria, la reacción dejará de ser jurídicamente permitida (abuso del derecho) y se regirá por las reglas del *exceso* (responsabilidad para el agresor y también para el defensor).<sup>757</sup>

Si el mal que amenaza no puede ser definido como una agresión (ataque doloso), pero es, a lo menos, imputable a la esfera de organización de un individuo, el contexto que el sujeto *responsable preferente* por el peligro origina, da lugar al estado de necesidad defensivo justificante, y se rige por sus propias reglas: peligro que amenaza imputable a la esfera de un responsable preferente pero no dirigido -no doloso-, antijurídico y no imputable siquiera objetivamente al necesitado, y que lo habilita (a él o a un tercero auxiliador), a reaccionar contra la fuente de ese peligro, si así lo decide, con una intensidad media y con los límites de la necesidad, de la proporcionalidad y de la dignidad que se reconoce en el responsable preferente, que conserva un mínimo de protección del Derecho porque no niega al otro como persona. Si la respuesta es mayor a la necesaria, su reacción dejará de ser jurídicamente permitida (abuso del derecho) y se regirá por las reglas del exceso (responsabilidad para el responsable preferente, a veces *cuasi agresor*,<sup>758</sup> y también para el defensor).

Si el peligro que amenaza no reconoce fuente humana *responsable* y es reconducible a *pura naturaleza* (i.e. evento o manifestación natural, animal o cosa peligrosa sin dueño reconocible), el contexto que allí se origina está primariamente ordenado y regido por el principio del *casum sentit dominus*: cada uno debe enfrentar su destino y aceptarlo, o resolverlo. Si el necesitado (amenazado por el peligro) elige libremente enfrentar el peligro sin daño a otro (sin transformar peligro en conflicto; por ejemplo, apaga su fuego) no

---

<sup>757</sup> “Artículo 35 del CPA: El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.”

<sup>758</sup> Si el peligro sólo es objetivamente imputable a la esfera de un sujeto, responsable preferente. Si lo es también subjetivamente imputable a título culposo: *cuasi agresor*. Si la culpa es muy grave y no resulta posible diferenciarla del dolo eventual (siempre resulta complejo, lo sé... Hablo de culpa grave y con representación o de culpa grave inconsciente) acaso ya el límite de la dignidad (en tanto reconocimiento y respeto del otro como persona), se disipe tanto como sucede en los casos de legítima defensa. Pero eso no es porque el necesitado no reconozca al otro como persona. Es el agresor doloso o el *cuasi* agresor quienes renuncian no a su dignidad de persona pero sí a ese mínimo reconocimiento que todos nos debemos (principio de responsabilidad). Por eso es que la autonomía se reconoce como un principio nuclear y la dignidad depende – en su acepción o sentido de reconocimiento recíproco- de la responsabilidad del sujeto que viola el principio de separación de las esferas de autonomía, es decir el *neminem laedere*.

tendremos una situación de necesidad. Si lo acepta pasivamente, tampoco. En cambio, si el necesitado elige enfrentar el peligro reaccionando contra la fuente *que de algún modo se asocia a otro* (i.e.: el fuego proviene de la casa del vecino que no está) con lesión a los bienes de titularidad de éste, nace una situación de estado de necesidad defensivo justificante que se rige por sus propias reglas (peligro que amenaza *imputable* a la esfera de un responsable preferente – *titular de la cosa riesgosa que crea peligro*- y que habilita al necesitado (o a un tercero auxiliador), a reaccionar contra la fuente de ese peligro, si así lo decide, con una intensidad media y con los límites de la necesidad, de la proporcionalidad y de la dignidad que se reconoce en el responsable preferente, que conserva un mínimo de protección del Derecho porque no niega al otro como persona. Si la respuesta es mayor a la necesaria, su reacción dejará de ser jurídicamente permitida (abuso del derecho) y se regirá por las reglas del exceso.

Sólo si el mal que amenaza no reconoce fuente humana, no es asumido por el necesitado como *dominus del casus* porque implica para él una pérdida significativa en términos de autonomía o de dignidad, y se dan las condiciones que permiten al necesitado transformar el principio que rige nuestras relaciones intersubjetivas (deber negativo fuerte, *nemimen laedere*) en un derecho mínimo de injerencia en la esfera de un inocente (derecho como potestad o facultad) se podrá habilitar (de forma subsidiaria, y mínima) una situación de necesidad en términos de estado de necesidad agresivo justificante y que se rige por sus propias reglas (peligro que amenaza no imputable a la esfera de un sujeto *responsable* y no imputable siquiera objetivamente al necesitado y que lo habilita -sólo a él-, a plantear la situación de conflicto (competente pleno) y a accionar contra un inocente con una intensidad mínima, respetando su autonomía relevante y la dignidad que se reconoce al inocente en tanto persona. Si la respuesta es mayor a la necesaria, su reacción dejará de ser jurídicamente permitida (abuso del derecho) y habitará la reacción defensiva del inocente en términos del estado de necesidad defensivo.

### **2.1.1. El requisito de la necesidad (o de la subsidiariedad).**

Como hemos visto, no es otro que el necesitado quien transforma “peligro que lo amenaza” en “conflicto”. Esta tesis resulta clave en todo mi planteo: en el estado de

necesidad de agresivo no existe inicialmente un conflicto; es el necesitado quien lo crea. Si en ejercicio de su libertad (*principio de autodefinición de intereses propios*), no acepta que el peligro (mal) que lo amenaza se concrete en lesión para él y decide plantear un conflicto de intereses intersubjetivos, aparecerá una situación de necesidad (situación de conflicto). La situación de necesidad requiere, por definición, de una inmediata intervención protectora (de salvaguarda) del bien o interés amenazado por el peligro.<sup>759</sup> Pero esa acción no es cualquiera. La acción de salvamento para apartar el peligro debe ser aquella *necesaria*, es decir que debe mediar una relación de medio a fin<sup>760</sup> que pueda considerarse racional o razonable.<sup>761</sup> La acción de salvaguarda resulta necesaria si es objetivamente apta o adecuada (*idónea*) para repeler o alejar el peligro real y, a la vez, constituye el medio menos lesivo de los posibles.<sup>762</sup> Tal como ya decía Grocio hace casi 400 años, *no existe necesidad*:

- a) si tenemos caminos institucionales a los que acudir (reales y no sólo formales, es decir que puedan considerarse eficientes y oportunos para alejar el peligro);
- b) si el necesitado puede resolver la situación en forma de reacción contra la fuente de peligro, y

---

<sup>759</sup> En palabras de BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 148: “la necesidad de una intervención en amparo del interés amenazado”.

<sup>760</sup> JAKOBS, DPPG, 13/16; FRISTER, 291; GARCÍA CAVERO, DPPG, 636. Entre nosotros, ya Herrera: “*El mal causado debe ser el estrictamente necesario*. Si alguien, que se muere de hambre, en lugar de robar el pan o lo primero que le viene a la mano para satisfacer su necesidad, entra en un restaurante y se hace servir una suculenta comida, tal acto no puede ser justificado. *En el estado de necesidad, como dice Saleilles, el agente debe quedar hasta el fin un hombre honrado, no solamente a pesar del acto realizado, sino en el momento mismo en que él lo realizaba* (Saleilles, *Revue penitenciaire*, 1901, p. 76)”. (HERRERA, Julio, *La Reforma Penal...*, 447-448). Soler: “Es preciso establecer concretamente la situación de peligro y la relación existente entre el acto cumplido y el mal que con él se ha evitado o se pretendía evitar” (SOLER, DPA, I, 361-362). En jurisprudencia: No se justifica el estado de necesidad si no se acredita concretamente la relación existente entre el acto cumplido y el mal que con él se evitó o se pretendió evitar (CCC Sala 4, julio 31-991 “L O de R.”, *El Derecho en disco láser Albremática*, ref. 490708). “*Ha de acreditarse correctamente la relación existente entre el acto cumplido y el mal que con él se evitó o se pretendió evitar*”. (STJ de Neuquén, 2/6/93 – “G. G. A. s/ Depósito infiel”, NQ Q0004213. Casos: “(el imputado alegó que la familia necesitaba alimentos...) La falta de prueba del bien que se encontraría supuestamente en peligro, no permite tampoco comprender cómo por la sustracción de colectivos ajenos, se pudiera -y sólo por ese exclusivo medio-, lograr la salvaguarda del no especificado bien en peligro”. (CCC, sala 7, 22/8/85 – “Melgarejo, R.”). El imputado mintió en causa penal para favorecer a una amiga y dijo que estaba amenazado por ella: “No puede aceptarse como excusa del proceder del encausado... ni como justificación... ya que aún aceptándose la existencia de las amenazas, lo cierto es que en los incisos 2° y 3° del art. 34 se exige que el mal sea *inminente*, lo que no se ha dado en autos. 2) Si el procesado hubiera obrado en virtud de amenazas (art. 34 inc. 2° CP) habría sido necesario para la procedencia de la causa de inculpabilidad que aquéllas tuvieran un principio de ejecución, incumbiéndole a él la prueba respectiva. 3) Si hubiera obrado impelido por un estado de necesidad (art. 34.3 CP), habría sido indispensable para satisfacer la exigencia legal, una *adecuación racional* entre el mal causado y el que quería evitar. (CCC, sala 6, 7/8/81, “Acosta, Atilio”).

<sup>761</sup> “Habría sido indispensable para satisfacer la exigencia legal, una *adecuación racional entre el mal causado y el que se quería evitar*” (CCC, Sala 6, 7.8.1981 “Acosta Atilio”, BCCC, 981-IX-194). Asimismo, CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., Astrea, Buenos Aires, 1990, 325.

<sup>762</sup> HILGENDORF-VALERIUS, DPPG, 108.



c) tampoco si solicitado el permiso al inocente que va a ser destinatario de la prestación o de la entrega necesaria para evitar el peligro, de él se lo obtiene. Es decir, *el estado de necesidad agresivo es subsidiario al consentimiento del destinatario inocente*. Esta resulta, en mi opinión, además de la solución más conforme a los principios de la libertad, la manera más civilizada, pacífica y justa, de resolver la cuestión si es que no existe un responsable a quien cargarle los costes del daño o del peligro que amenaza y si es que, en tanto *dominus del casus*, el necesitado no lo enfrenta a sus expensas y a su suerte o no lo asume, tal como es, en principio, su deber. Por lo demás, y como respuesta a la crítica de que los liberales olvidamos el bien común y social, me parece que no existe mejor contribución al bien común (y al mantenimiento del orden) que el máximo respeto posible del absoluto extraño a la situación de necesidad en su condición de persona; y que mucho mal hacemos cuando nos alzamos por necesidad contra su esfera de libertad y de derechos (lo atacamos) sin que podamos atribuirle responsabilidad ni competencia alguna por el peligro y sin siquiera intentar que la entrega que se pretende no sea producto (si se quiere) de la caridad, de la simpatía, del amor por el otro o de la entrega por reconocimiento a su dignidad, antes que de la fuerza bruta. Es decir, si no intentamos por lo menos, que la entrega pacífica, la dación voluntaria, que resultan tan posibles como deseables, *sustituyan tanto al conflicto como al sacrificio del inocente*.<sup>763</sup>

#### **2.1.1.1. La cuestión de la exigencia de “lo absoluto” en la situación de necesidad:**

*La cuestión del requisito de “lo absoluto”* en el estado de necesidad es uno de los temas más debatidos. En efecto, algunos entienden que si queda “alguna” opción a la mano -

---

<sup>763</sup> Confuso, JAKOBS, DPPG, 13/18 “la necesidad de una intervención en estado de necesidad falta cuando lo que se necesita es ofrecido voluntariamente por parte del tercero” (¡bien!). Pero luego dice: “pero la necesidad no falta ya porque se pudiera pedir el consentimiento a la víctima de la intervención. El problema no debe vincularse al consentimiento, ya que *la víctima de la intervención sólo tiene que soportar* (es decir *asumir, no estar de acuerdo*).” (Destacados míos). Contesto: la posibilidad de requerir el consentimiento no modifica la existencia del peligro que amenaza, por cierto. Se pide porque se necesita, y se necesita porque el mal amenaza. Pero ese pedido sí *puede evitar la situación de conflicto*, y, por tanto, que no exista ni *víctima* de la intervención, ni *obligación de soportar*. No encuentro una alternativa más deseable y exigible (requisito de la necesidad), en términos de evitar lo que la ley pretende evitar y de asegurar lo que debe asegurar (la paz, la separación de esferas de libertad). ¿Por qué obligar a Ramón a soportar que el padre de Rigoberto *le arranque el auto* si puede pedírselo? Más adelante, al tratar la cláusula de la adecuación, dice Jakobs otra vez (en lo que creo leer razones más amigables con mi postura): “... para la justificación no basta un balance positivo de intereses si la solución del conflicto (la eliminación del riesgo) está canalizada por un determinado procedimiento, o incluso si está excluida. Entonces, cualquier otra solución del conflicto constituye un medio inadecuado” (JAKOBS, DPPG, 13/36). Sé que Jakobs, positivista convencido y valedor principalísimo del respeto a normas, roles sociales e institucionales y sujeción al sistema, no está pensando, precisamente aquí en “*pedir permiso*”. Pero no encuentro a esa opción, en absoluto, irracional ni mucho menos inútil. Y acaso sí resulte, en términos de autonomía y de respeto por el otro, la más indicada para alcanzar los fines que se persiguen (libertad, orden, respeto) en sociedades no tan formalizadas y que en nada, lamentablemente, se les parecen.

mucho más si es legítima o, en todo caso, menos perjudicial-, ella es la que debe elegirse. Y, si no se lo hace, no existirá “necesidad”.<sup>764</sup> Otros, que es inherente al estado de necesidad únicamente la imposibilidad de evitar el mal por medios legítimos, pero *no* la inexistencia de un medio menos perjudicial. “Es que, como señala Jiménez de Asúa, siempre es posible que aún pudiéndose evitar el mal por un procedimiento menos perjudicial, el causado fuera menor que el que se trata de evitar”.<sup>765</sup>

Algunas leyes incorporan expresamente esa exigencia: “que no pueda apartarse de otro modo” (Perú CP, 20.4 y los Códigos Españoles anteriores al vigente). En mi opinión ello *no debe entenderse como que no exista otra alternativa de solución al conflicto (siempre se podrá encontrar otra), sino como la elección de una alternativa de acción idónea para mantener el bien o el interés amenazado y, a la vez, aquella más moderada sobre el interés afectado.*<sup>766</sup> Así, por ejemplo, una mujer que se ha embarazado (ha elegido hacerlo o no ha tomado las previsiones para no hacerlo) debe soportar los riesgos, dificultades y dolores del embarazo y del parto (*principio de responsabilidad por los propios actos*). Tampoco está justificado interrumpir el embarazo para eliminar el peligro de suicidio de la madre si ese peligro se puede apartar de otro modo, por ejemplo mediante una ayuda institucional y fácil de prestar<sup>767</sup> (tratamiento psicológico, apoyo terapéutico; *requisito de la necesidad*).<sup>768</sup> Y recordemos los dos ejemplos de Jakobs ya trabajados:<sup>769</sup> “si el salvador puede recurrir a bienes del ámbito jurídico del que se verá favorecido por la acción en estado de necesidad, ello prevalece sobre la intervención en bienes de terceros, en tanto que los bienes del favorecido no preponderen esencialmente, esto es, que no lleguen a convertirse a su vez, en susceptibles de protección en estado de necesidad: ejemplo: cualquiera debe luchar contra el

---

<sup>764</sup> Por todos, a favor de la noción de la necesidad absoluta del estado de necesidad, ver Cerezo Mir: “El mal grave e inminente no debe ser evitable por otro procedimiento menos perjudicial... ello significa, como decían los Códigos de 1848, 1850, 1870 y 1928 párrafo 2do., art 60, *que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo*. Supone que el mal sea inevitable por medios legítimos o por medios ilícitos que causen un menor perjuicio. Así lo exige el TS: *...los acusados, antes de perpetrar un delito contra la propiedad, para obtener el dinero con el que adquirir la heroína que anhelaban, pudieron y debieron someterse a una cura de deshabitación con lo que hubieren logrado calmar sus ansias sin necesidad de atentar contra el patrimonio ajeno* (TS, 16.09.1982, A 4937) y *... cuando no se han agotado las vías legítimas para la salvación del bien, así como cuando se recurre a un medio necesariamente perjudicial faltaría en verdad al presunto estado de necesidad la cualidad de lo absoluto* (TS, 22.04.1983, A 2300) (CEREZO MIR, “Noción de estado de necesidad...”, 202).

<sup>765</sup> CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, 278.

<sup>766</sup> JAKOBS, DPPG, 13/18: “la intervención debe ser el medio más leve para eliminar el daño... la levedad se determina por la importancia de los intereses en juego”; ROXIN, DPPG, 16 nm. 19; GARCÍA CAVERO, DPPG, 636.

<sup>767</sup> JAKOBS, DPPG, 13/18.

<sup>768</sup> De acuerdo JAKOBS, DPPG, 13/18.

<sup>769</sup> Ver *infra* Segunda Parte, Capítulo III, punto 2.

incendio de su casa empleando su propia agua...”<sup>770</sup> y “quien sufre la mordedura de un perro, para curarse la herida ha de dirigirse primero al propietario del perro”<sup>771</sup> (antes de correr a lesionar a un tercero inocente; *subsidiariedad del estado de necesidad agresivo*).

Si existe responsable por el peligro por infracción al deber negativo (*neminem laedere*), tienes que dirigir la acción de salvamento hacia él. Las consecuencias del respeto a ese deber (de enfrentar, de reaccionar contra el responsable) son que el Derecho te concede una facultad de respuesta más amplia (puedes dañar un bien o interés comparativamente superior y, de todos modos, tu acción típica resultará justificada, porque *el mal que causas será menor* que el que evitas). En cambio, la infracción de ese deber acarrea una primera y evidente consecuencia: ¡es que puede que no te reconozcamos justificación alguna! Es decir que si podías reaccionar defensivamente y no lo has hecho, la opción o la alternativa por la injerencia en la esfera del inocente no es ni automática ni, por cierto, segura. Si es posible y tienes a la mano (practicable), la opción de la reacción contra la fuente de peligro, ésa es la alternativa que debes elegir. Si no la tienes, o resulta *ex ante*, por ejemplo, demasiado riesgosa o ineficiente, debes afrontar el *casus*, porque tú eres el *dominus de ese casus*. Y si tampoco ello resulta razonable ni posible en las circunstancias del caso, podrás recién entonces injerirte lesivamente en la esfera de libertad de un inocente si es que todas las demás condiciones se cumplen. Así, si puedes reaccionar contra la fuente del peligro estás obligado a hacerlo, incluso si la fuente de peligro es tu hijo, tu mujer, tu primo o tu amigo. El responsable por el peligro resulta el indicado en primer término a soportar el sacrificio nacido de su propia responsabilidad. El inocente no. El indicado subsidiario para soportar el peligro que a él lo amenaza (a falta de responsable por él), y sea que éste provenga de “naturaleza” o de fuente humana responsable pleno o preferente por él, es el *dominus* del *casus*, en tanto competente por la situación de necesidad. El inocente no.

### 2.1.1.2. Idoneidad y su valoración:

La acción necesaria debe ser *idónea* para alejar el mal o para superar la situación de peligro.<sup>772</sup> Debe tenerse en cuenta la perspectiva de un observador objetivo colocado en el

<sup>770</sup> JAKOBS, DPPG, 13/18.

<sup>771</sup> JAKOBS, DPPG, 13/18.

lugar de los hechos (*ex ante facto*).<sup>773</sup> No es necesario que se logre salvar el bien jurídico en peligro, sino que basta con que la acción emprendida para lograrlo se haya mostrado *ex ante* como idónea para salvar la situación de peligro o para disminuir la posibilidad de que se concrete en daño (ejemplo: el herido al que se lleva al hospital con infracción a la normas de tránsito, muere en el camino; justificación).<sup>774</sup>

### 2.1.1.3. Adecuación:

Que la intervención resulte necesaria implica *que ella sea adecuada* para poner fin a la situación de peligro. En efecto, que no puede incidir o tener efecto para resolver la situación de necesidad (la situación de conflicto) es *inadecuado* y, por ende, *innecesario*.<sup>775</sup> Por cierto que no debe confundirse comodidad con necesidad.<sup>776</sup>

Ello nos coloca frente a la cuestión de la posible *existencia de múltiples alternativas* de acción con posibilidades de salvaguarda frente al peligro (opciones) y de cuales son subsidiarias respecto de las otras.

a) *si existen múltiples alternativas de salvación con análogas posibilidades, es exigible optar por la menos lesiva*. Mucho más si alguna de ellas es atípica. Lo mismo puede decirse si resulta posible procurar el auxilio policial (aunque no será obligatorio hacerlo) o si existen procedimientos institucionalizados que permitan evitar el peligro que amenaza.<sup>777</sup>

---

<sup>772</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 149 y 150, y nota 333: “Aquellos medios que no incrementan en nada las posibilidades de salvación o que sólo lo hacen de modo irrelevante, no serán considerados necesarios... en cambio no dejará de considerarse idóneo aquel medio que, de antemano, se muestre objetivamente insuficiente pero que contribuye, en alguna medida, a disminuir la posibilidad de realización del peligro amenazante”.

<sup>773</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 149, GARCÍA CAVERO, DPPG, 637.

<sup>774</sup> ROXIN, DPPG, 16 nm. 19; GARCÍA CAVERO, DPPG, 637.

<sup>775</sup> JAKOBS, DPPG, 13/16, en sentido similar. Con los siguientes ejemplos: “es inadecuada para la salvación del paciente la conducción bajo el efecto del alcohol del médico que, debido a su embriaguez, ya no está en condiciones de desempeñar su función. Es inadecuado un medio útil en su género pero demasiado débil en su cantidad (pequeño extintor para apagar un gran incendio). Tampoco aquello que sólo sirve para modificar la vía conducente al daño (que de todos modos se producirá); por ejemplo, si el mal que amenaza es la quiebra y con ello, la reputación del negocio, es inadecuado similar la situación de quiebra mediante un desfalco para evitar la pérdida de la reputación”. (Dudoso: el mal de la quiebra de todos modos no se evita. Pero existe uno agregado: la pérdida de la reputación que la situación de falencia implica que podría intentar evitarse. Lo que sucede aquí no es que el recurso a la simulación de desfalco resulte inadecuado -por inútil. para evitar ese segundo mal: es que se trata de un engaño, un fraude y, como tal, no puede constituir un medio adecuado para evitar ese otro mal).

<sup>776</sup> No es admisible la eximente si la conducta observada obedeció a **razones de “comodidad” y no de “necesidad”**. (CApel. Azul, Sala penal, 24.11.1966 “Altavista Ibáñez, Ernesto R”, LL 125-366).

<sup>777</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 151; JAKOBS, DPPG, 13/18. Claro, en tanto sean mínimamente idóneos para resolver la situación allí en donde se presenta... i.e. una demanda de medida cautelar inmediata para prevenir la caída del árbol del vecino sobre mi casa.

b) *si existen múltiples alternativas de salvación con diversas posibilidades (ex ante, con distinto grado de idoneidad salvadora):*

b.1. si el que presenta mayores posibilidades de salvación es, además, el menos lesivo, se elegirá éste.

b.2. si existen varios medios lesivos con posibilidad de salvación semejante, aunque no igual, se elegirá el menos lesivo.<sup>778</sup>

b.3. si el medio que presenta mayores posibilidades de salvación –óptica del interés amenazado- es, a la vez, el más lesivo –óptica del interés afectado- cabrá optar por él *sólo en situación de estado de necesidad defensivo*, siempre que ello incremente relevantemente las posibilidades de salvación del interés amenazado. Y habrá que renunciar a él (optando por una de las posibilidades alternativas) si el necesitado elige actuar contra un inocente (*estado de necesidad agresivo*).<sup>779</sup>

b.4. Finalmente, si todos los medios alternativos son *igualmente idóneos para la salvación e igualmente lesivos*, el necesitado podrá elegir cuál de ellos utiliza. Ejemplo: el montañista tiene varias cabañas para allanar y, con ello, protegerse del frío; el alpinista que fuerza la puerta de una (de las varias) casas de la urbanización de montaña para utilizar el teléfono con el que demandar auxilio para un compañero que ha sufrido un accidente.<sup>780</sup>

Estas *reglas de preferencia* han de distinguirse de las *reglas concursales* que pueden presentarse entre distintas causas de justificación. Por ejemplo, el *consentimiento del ofendido* (de aquel sujeto al que voy a lesionar) no es exigible en situación de estado de necesidad defensivo (principio de responsabilidad) pero sí en estado de necesidad agresivo (es, para nosotros, una de las condiciones que lo hacen posible, en tanto pueda requerirse).<sup>781</sup> Asimismo, si como hemos visto, existe un responsable pleno o preferente por el peligro que amenaza, la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo siempre serán preferentes al

---

<sup>778</sup> Para ejemplo, un caso de Jiménez de Asúa: “si una mujer necesita cubrir su desnudez por hallarse en trance ineludible de ello y para vestirse se apodera de un traje de gala costosísimo pudiendo tomar uno más sencillo, e incluso más abrigado, el mal que ocasiona al propietario del almacén de donde sustrae la ropa no puede ser justificado por ser evitable ese mayor perjuicio” (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, IV, 417 y 418).

<sup>779</sup> En contra, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 152, que propone lo primero para ambas situaciones de necesidad.

<sup>780</sup> El último ejemplo, de BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 152 y nota 342.

<sup>781</sup> Distinto, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 153: “El consentimiento tendrá la consideración de causa de justificación preferente a condición de que ello no suponga una relevante minoración de las posibilidades de salvación del interés amenazado” (no distingue tampoco entre las dos situaciones de necesidad). De todas maneras, dice “(si ello no reduce considerablemente las posibilidades de salvación), es exigible que éste se trate de recabar”. Aquí, con acento en la autonomía y en la dignidad, más que el aumento de las posibilidades de salvación que el medio representa para el necesitado, se destaca el hecho de la injerencia en la esfera de libertad del inocente y, por tanto, se exige siempre ese consentimiento en tanto resulte posible.

estado de necesidad agresivo (y de nuevo, la no existencia de esa alternativa, una condición de operatividad de la justificación mediante “el uso” de un inocente).<sup>782</sup> Por último en caso de *estado de necesidad exculpante* se considerará siempre preferente el ejercicio de la facultad de defensa (legítima defensa) frente al autor de injusto y plenamente competente por el peligro.<sup>783</sup>

Un caso muy especial es el del *estado de necesidad coactivo*: se trata de supuestos en los que la facultad de defensa frente al sujeto plenamente competente por el peligro es inviable o con relevante disminución de las facultades de éxito para el necesitado a quien sí se le aparece como viable y efectivo, y como único recurso, el emprendimiento de una acción lesiva contra intereses de un inocente (*estado de necesidad agresivo*).<sup>784</sup>

Baldó propone las siguientes reglas: a) la respuesta frente al plenamente competente por el peligro como regla general (principio de responsabilidad); b) si ello es *inviable* (como de hecho el supuesto indica), o la acción defensiva disminuye en forma relevante las posibilidades de salvaguarda, permite el estado de necesidad agresivo exigiendo que el tercero inocente la tolere (en su propuesta, por principio de la solidaridad social intersubjetiva).<sup>785</sup>

Es correcto. Resulta uno de los, contados, supuestos que habilitan la defensa en términos de agresión al inocente. Siempre, claro está, que se cumplan todas las condiciones y que no se afecte la autonomía ni la dignidad del inocente en términos significativos. Si la coacción coloca al necesitado en situación de inexigibilidad de otra conducta, su injusto será exculpado. Ello supone la posibilidad de defensa del inocente, preferentemente en forma de legítima defensa contra la fuente originaria del peligro (que es el *responsable pleno*, si ello fuera para él viable o posible) y, subsidiariamente, en forma de estado de necesidad defensivo contra el autor (sujeto coaccionado).<sup>786</sup>

En casos de auxilio necesario de terceros (que sólo se acepta aquí en situaciones de estado de necesidad defensivo) si el auxilio de otras personas atenúa la intervención salvadora, bien sea ella policial o particular, debe aceptarse no sólo si están presentes sino,

---

<sup>782</sup> Parcialmente de acuerdo, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 153 y 154. Para el autor, que sigue pensando en la viabilidad de la acción de salvaguarda, lo decisivo es que ello no implique una relevante minoración de las posibilidades de salvación para el necesitado.

<sup>783</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 154.

<sup>784</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 154 y 155.

<sup>785</sup> BALDÓ, op. cit., 155. En nuestro caso, no por solidaridad sino por la preservación de la propia autonomía sustancial o de la dignidad.

<sup>786</sup> Que es un sujeto responsable preferente, y no un instrumento de otro en estructura de autoría mediata. Conserva libertad, aunque muy limitada... De todos modos, y respecto de él, su injusto ya es menor y la culpabilidad (reproche que puede hacerse a su injusto) también en virtud de la limitación a su libertad.

también, si se pueden buscar. De lo contrario no puede considerarse necesaria una injerencia no atenuada.<sup>787</sup>

#### **2.1.1.4. La cuestión de la huida o de la elusión:**

Muchas veces la huida o la elusión de la situación de peligro constituyen una *alternativa posible* para el necesitado. Tanto si ese peligro se origina en un *responsable pleno*, como en uno *preferente* y hasta en naturaleza (i.e. corro con mi pichicho para salvarlo del perro bravo que amenaza; o doblo en la carretera que me lleva a casa para escapar del tornado que veo en el horizonte justo sobre la zona o barrio en el que vivo).

Para la mayoría, en el estado de necesidad defensivo y en el agresivo, rige la cláusula de la subsidiariedad tanto respecto de la asistencia o de la intervención del Estado, como también si existe la posibilidad del escape o de la huida. En consecuencia, se afirma, si la situación de peligro puede ser resuelta por el Estado o puede ser eludida por el necesitado sin poner en riesgo bienes propios o ajenos, éste deberá eludir el peligro (*deber de elusión*), situación que no procede en el casos de la legítima defensa.<sup>788</sup>

Aquí no se comparte esa respuesta.

##### **2.1.1.4.1. La huida o la elusión no pueden ser un deber jurídico en situaciones de necesidad.**

Lo primero que me parece claro, es que si uno se escapa o evade el peligro que lo amenaza, no se configura una verdadera situación de necesidad. El peligro que amenazaba encontró, de parte del afectado, una salida (una solución) que no significó ni una reacción en forma de defensa, ni una acción en forma de ataque a un tercero no implicado (inocente). Ello ayuda a comprender dos cosas:

a) confirma nuestro argumento de que, en rigor, quien plantea una situación de necesidad (quien transforma “peligro que amenaza” en “conflicto”) es el propio necesitado o quien acude en su auxilio y; b) que, en contra de lo que se afirma, no es una cuestión “a

---

<sup>787</sup> JAKOBS, DPPG, 13/18. Yo creo que también por razones de respeto a la dignidad del responsable preferente por el peligro, que en tanto no manifiesta con su conducta máximo desprecio por el otro ni por la norma, es merecedor de un tratamiento (de una respuesta) tan proporcionada como sea necesaria y posible.

<sup>788</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 151; WILENMANN, 598; GARCÍA CAVERO, DPPG, 636; CEREZO MIR, “Noción de estado de necesidad...”, 202; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, IV, 417.

canalizar por la vía de la regla de la necesidad racional<sup>789</sup> o de proporcionalidad de la defensa (sea que hablemos de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo) sino por la de la “necesidad” en tanto éste es uno de los elementos que integran el elemento de base (“situación de necesidad” que, como acabo de decir, está ausente). En cambio, la proporcionalidad es otro requisito de la justificante, que recién analizaremos luego de constatar la existencia de una situación de conflicto.

Delimitado y ubicado así el problema, la cuestión será decidir si el necesitado tiene, en uno o en otro caso, *el deber jurídico de evitar*, de sortear o de evadir el peligro que otro individuo (o la naturaleza), le presentan u oponen a su propia esfera de libertad. A ello digo:

*Primero:* que si el Derecho no puede exigirnos el acto heroico o supererogatorio, mucho menos puede demandarnos el acto cobarde, pusilánime, ruin o deshonroso. La heroicidad nunca puede constituir un deber jurídico. La cobardía, tampoco.<sup>790</sup>

*Segundo:* que tanto la legítima defensa cuanto el estado de necesidad defensivo (cuando el peligro reconoce origen en una persona), tienen además del principal aspecto individual que es el ataque o la creación de un peligro para los otros, a lo menos objetivamente imputable a la esfera de libertad de alguno, un aspecto de *alzamiento o de quebranto de la expectativa normativa* que el sistema jurídico no puede de ningún modo alentar (¡e imponer el deber huir o de escapar, es una forma de hacerlo!). Y, del otro lado, la acción de salvaguarda tiene un indudable aspecto de *afirmación del derecho* que, de exigir la huida, sencillamente se perdería.<sup>791</sup>

*Tercero:* que, esta vez sí de acuerdo con Baldó, ni la salida fácil o “no deshonrosa” constituyen el aspecto principal del problema, sino que éste radica en que con el ataque o con la infracción al deber de parte de un sujeto responsable, se afecta la libertad organizativa

---

<sup>789</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 312. Para quien, en legítima defensa, “la necesidad, a lo menos genérica, de la defensa no desaparece aunque la elusión sea sencilla, porque con la huida se menoscaba cuanto menos la libertad ambulatoria del agredido.” Yo no lo creo así. Si el necesitado huye es porque así lo quiere o porque lo considera mejor. Creo que hay mejores razones para que no podamos exigirla.

<sup>790</sup> Ya lo decía, inmejorablemente, Max Ernst Mayer: “Ceder cobardemente al injusto puede ser la recomendación del sensato el débil, pero no puede exigirse por el Estado al ciudadano, ya que si así fuera, la cobardía constituiría un deber jurídico” (Mayer, DPPG, 348-349).

<sup>791</sup> En contra, HILGENDORF-VALERIUS, DPPG, 108: “... a diferencia de la legítima defensa se debe tomar en cuenta la huida y otras posibilidades de eludir el peligro... puesto que el estado de necesidad justificante sigue el principio de la ponderación de intereses y no el de la preservación del Derecho”.



personal del necesitado (que incluye no sólo la ambulatoria sino toda aquella que hace a su desarrollo personal) y que el Derecho tiene la principalísima misión de proteger.<sup>792</sup>

Así, la evasión, la fuga o la huida, no pueden resultar deberes jurídicos, esto es alternativas impuestas por el sistema de Derecho –mucho menos por uno de corte liberal- ni un modelo de conducta a seguir por sujetos amenazados por un peligro que reconoce a un responsable pleno o preferente. Si el amenazado la elige, pues esa será su propia y libre elección que, por cierto tenemos que respetar, pero que, personalmente, no aplaudiré.

#### **2.1.1.4.2. Excepciones: o cuando la huida o la elusión sí pueden constituir deber.**

Claro que *pueden existir excepciones*. Si el mal que amenaza reconoce su origen en una persona que no actúa (*actio homini*: movimientos de una persona en un ataque de epilepsia) o en un niño u otro inimputable (aunque, en este caso los reconozcamos capaces de injusto) la huida o la evasión sí que pueden resultar los caminos recomendables. En el primer supuesto, si no hay acción, pues no habrá agresión o puesta en peligro de parte de un sujeto responsable que pueda sustentar la juricidad de una respuesta, ni necesidad de afirmar la vigencia de la norma o del Derecho. En los demás, sí podemos reconocer la existencia de un injusto de parte del responsable, pero se trata de un injusto no culpable. Y ya el Derecho ha decidido que esa infracción no merece pena (fundamentalmente porque no puede afirmarse *libertad* y, por ende, *responsabilidad* por ese injusto). Por ende, aunque en este caso sí es posible, tampoco aparece como *necesaria* una respuesta individual. Y, por último, tampoco aparecerá como *necesaria*, en el doble examen que ese requisito reclama en sede de la justificación: a) para afirmar presente la situación de necesidad, el requisito de base y; b) para que se adecue al juicio de racionalidad o de ponderación.<sup>793</sup>

*En cambio, si la única alternativa para el necesitado, además de la huida, es la vía del estado de necesidad agresivo (es decir la afectación del inocente) el necesitado debe optar por la huida.*

<sup>792</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 313.

<sup>793</sup> Ver CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español...*, I, 436-437. Asimismo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, 56: “la fuga, aunque sea posible, no es exigible, a no ser que ella pueda llevarse a cabo sin que suponga una humillación para el agredido o que se trate de un agresor inimputable”.

Las razones son las siguientes:

a) el necesitado exhibe un *status* material y jurídico distinto al del inocente. Es, al menos, mínimamente competente por el peligro cuando éste lo amenaza, y competente pleno cuando decide plantear el conflicto; b) si no aceptamos que el necesitado reaccione contra un sujeto que no actúa o contra un inimputable, tampoco resulta razonable el ataque a alguien que no tiene relación alguna con el peligro que amenaza (contra un completo incompetente e irresponsable por el peligro); c) porque en este caso, el necesitado sí estaría haciendo una elección dentro de los términos de la justificación (la de accionar contra el inocente) y, teniendo una alternativa a la mano (la huida o la evasión), no existirá necesidad de plantear el conflicto y, en consecuencia, la injerencia no estará justificada (exigencia del criterio de la *necesidad absoluta* para supuestos de estado de necesidad agresivo); d) porque, en tanto *dominus del casus* sí constituye para su salvación una alternativa preferente a la de la lesión del inocente y; e) porque esa es la mejor respuesta en un sistema liberal basado en el principio de la autonomía y de la dignidad: si no puedes devolver el peligro a la fuente, debes gestionarlo de manera tal de no afectar a un inocente. Y la huida, en este caso, es una forma de gestionar el peligro sin afectar a un inocente. No es desdorado caer enfermo, atravesar una emergencia económica, o que me afecte el huracán. Tampoco la huida en esos casos *antes* que la afectación de un inocente. En todo caso no es desdorado y sí puede ser injusto.

Así entonces, en estado de necesidad agresivo, si la huida es la única alternativa posible a la del ataque a un inocente, el necesitado deberá optar por ella. En este caso, el deber jurídico de huida o elusión se impone de forma excepcional, y aparece como una manifestación o derivación del principio de autonomía y del deber negativo (principio de separación de esferas autónomas, *nemimen laedere*).

### **2.1.2. El concepto de mal:**

Evidentemente *el concepto de mal* es central en las situaciones de necesidad. El *mal* que se evita o pretende evitar, constituye el presupuesto de la acción necesaria; el que se causa, da lugar al examen de la conformidad o no de la conducta de salvaguarda que se emprende con el Derecho.<sup>794</sup> El legislador argentino utiliza la palabra tres veces en el art. 34

---

<sup>794</sup> SILVA SÁNCHEZ, “El estado de necesidad...”, 667.

del CP<sup>795</sup>. Y no parece razonable afirmar que su contenido sea distinto en uno o en los otros casos, porque si así lo fuera, sencillamente hubiese empleado palabras distintas. Bien y mal son conceptos opuestos, pero definir mal como aquello contrario al bien no nos aporta demasiado. Se trata evidentemente de un concepto normativo (y por tanto valorativo)<sup>796</sup> y, también, variable. Y debemos lograr una idea de qué es un mal en los términos de la ley penal. *Primero*, un *mal es peligro* de lesión a un interés adscrito a una esfera concreta (individual o colectiva). No puede ser lesión, sino ya peligro de lesión, porque la ley admite respuestas contra males que todavía no han llegado a concretarse en lesiones; contra males que no son actuales sino inminentes. Así es mal aquello que está causando un daño, y también aquello que puede causar un daño en un futuro próximo. cualquiera que sea esa probabilidad.<sup>797</sup> *Actual*, quiere decir que ya se verifica o desarrolla; *inminente*, que puede suceder en cualquier momento.<sup>798</sup>

*Segundo*, no podemos decir que *la característica de la tipicidad* integre el concepto de mal. Porque si así fuera, sólo resultaría posible la salvaguarda en estado de necesidad contra males típicos (y no contra peligros derivados de fenómenos naturales o de animales, por ejemplo).<sup>799</sup> La justificación por necesidad quedaría demasiado reducida, quizá limitada a supuestos de legítima defensa si se amplía, como muchos proponen, el concepto de agresión y se integran respuestas contra conductas culposas. *Tampoco las características de la gravedad ni de la injusticia*, tantas veces invocadas al hablar del mal, integran el concepto de mal.<sup>800</sup> La

---

<sup>795</sup> "...el que causare un *mal* por evitar *otro* mayor..." (art. 34.3. CPA); "el que obrare violentado por ... amenazas de sufrir un *mal* grave e inminente". (art. 34.2. CPA).

<sup>796</sup> Por todos, MIR PUIG, DPPG, 10ma., 471-472: "Me parece innegable que el concepto de mal es esencialmente valorativo. No existe ninguna lesión material que pueda considerarse como mal desde el punto de vista naturalístico. Tanto el mal como el bien presuponen necesariamente una valoración que hace el hombre."

<sup>797</sup> Muy discutido. Jiménez de Asúa y Silva exigen un *elevado grado de probabilidad* (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, IV, 405 y SILVA SÁNCHEZ, "Sobre el Estado de necesidad", 669 nota 18). JAKOBS, DPPG, 13/12, en el otro extremo, dice: "no es necesario una probabilidad alta de desenlace fatal, sino que más bien hay que tener en cuenta, al ponderar los riesgos en su caso, un *grado pequeño de peligro*". BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 126, opina que ello no puede ser resuelto en forma general y que la cuestión de la cuantificación del peligro debe postergarse para el juicio de ponderación en atención a ambos intereses en conflicto.

<sup>798</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 328; SOLER, DPA, §32, V: tiene que consistir en un hecho que, de no mediar estado de necesidad, constituiría una fuente de responsabilidades civiles y penales. "... *la simple previsión de un mal grave futuro, pero no inminente, aleja la justificante*. (CCC Fed., Sala I, 2.3.1982, "Rosell de Escobar, Gladys", LL, 1989-D, 468 - DJ, 1990-1-234).

<sup>799</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 124. SILVA SÁNCHEZ, "Sobre el estado de necesidad ...", 667: "el hambre, el dolor o la angustia pueden integrar dicho concepto". En contra, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, 529 nota 1430 y 530. En efecto, la tipicidad no es una característica propia del mal. Si lo fuera, ambos males, el que se causa y el que se evita, deberían ser típicos, condición que sólo se constata en el primero.

<sup>800</sup> La *gravedad* tampoco es una característica propia de la noción de mal sino que se relaciona con el requisito de la necesidad: si el mal no es grave no existe necesidad. Esta adjetivación del mal como grave es muy común en la doctrina y en la jurisprudencia. Para lo primero: por todos, CEREZO MIR, "Noción de estado de necesidad...", 201: "*es preciso que el mal sea grave* (cita de Antón Oneca y otros). Si el mal que amenaza no es

primera, es más bien un elemento del requisito de la necesidad, tal como hemos examinado ya. La segunda recibe los mismos reparos que la característica de la tipicidad: los fenómenos naturales y las manifestaciones animales, y, por lo general, las desgracias y privaciones personales a los que la aventura de vivir nos enfrenta, nada tienen de justas o de injustas...

*Tercero*, al ser un concepto que no podemos decir que sea propio del Derecho, pero que aquí es utilizado en ese contexto, el mal no puede caracterizarse como algo que el Derecho permite o que la sociedad tolera. Así, no debe tratarse de un riesgo general de la vida o socialmente tolerado, ni aquel que nace del ejercicio legítimo de un permiso - causa de justificación-. El cumplimiento de una pena, o de una detención preventiva dispuesta por un juez; o el pago de una multa o de una condena pecuniaria; la conducción vehicular con respeto a las normas pertinentes; el pago de un alquiler... etc., no son *males* para el Derecho. Así, podemos decir que:

Mal, es un *peligro real*,<sup>801</sup> *actual o inminente* que no está *permitido o socialmente tolerado*, y *ex ante idóneo* para lesionar intereses de una esfera individual.<sup>802</sup>

---

grave, por ejemplo unas lesiones corporales insignificantes, no cabe hablar de estado de necesidad”. En nuestra jurisprudencia, entre muchos otros: “Para que se configure el estado de necesidad como causa de no punibilidad, es menester la **existencia de un mal grave** que amenace al agente” (CA de Concordia, Sala Penal I, 11.04.1979, “A. R.”, ZEUS, 19-310). “Para que opere la justificación del delito por estado de necesidad el **mal** que afecte al autor **debe ser grave** y siendo éste un concepto relativo, debe entenderse que *el mal que se procura evitar debe ser más grave que el que se causa*. (CCC Fed., Sala I, 02.03.1989, “Rosell de Escobar, Gladys”, LL, 1989-D, 468; DJ, 1990-1-234). Por otro lado, no son admisibles las respuestas defensivas contra acciones justificadas por el Derecho. Pero, claro, en la medida que ellas sean ejercidas de manera legítima. Por ello, si es posible, como aquí se sostiene, que un inocente reaccione defensivamente contra el necesitado cuando éste no tiene habilitada la vía subsidiaria, mínima y excepcional de la injerencia en su esfera. Su acción de salvaguarda no será legítima y, por ende, resulta susceptible de respuesta. En contra, terminante, Baldó, *Estado de necesidad...*, 130: “no cabe legítima defensa ni estado de necesidad agresivo o defensivo frente al peligro que origina una acción de salvaguarda en estado de necesidad defensivo o agresivo.” Finalmente, tampoco **la injusticia** ni la ilicitud son características definitorias del mal, en los términos de la justificante. En efecto, ni los fenómenos naturales, las manifestaciones animales o las humanas que no son acción, revisten esa cualidad. Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad...”, 670, nota 21. En contra, entre otros, Núñez: “mal es algo que es ilícito; algo que, en otras palabras se opone al derecho positivo” (NÚÑEZ, *Tratado...* T. I, 319).

<sup>801</sup> “Este requisito debe concurrir de modo objetivo (realidad del mal que se trata de evitar, decían los CP de 1848, 1850, 1870 y 1928” (CEREZO MIR, “Noción de estado de necesidad”, 203).

<sup>802</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 123, 129 y 147: “situación de peligro idóneo inminente amenazante”. RIGHI-FERNANDEZ, 199: “Peligro para un bien jurídico protegido”. JAKOBS, DPPG, 13/12: “*Peligro* es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión del bien *no es improbable* de acuerdo con el curso causal que es de esperar”. Donna: “...debe entenderse *peligro* como el estado por el cual, y de acuerdo a la concretas circunstancias existentes, la producción de un daño aparezca como probable, según los principios generales de la experiencia.” (DONNA, *Teoría del delito y de la pena...*, 163). De acuerdo con un concepto de mal lo más amplio posible que permita apreciar todos los elementos relevantes de la situación conflictiva, SILVA SÁNCHEZ, “*Sobre el estado de necesidad...*”, 669.

De todos modos, aunque la idea o el concepto de mal sea común a todas las situaciones de necesidad, *entiendo que puede y que debe hacerse una distinción sobre el momento en que la respuesta al mal puede intentarse.*

Creo que es dable exigir que en situaciones de necesidad defensivas (legítima defensa y estado de necesidad defensivo) el requisito límite sea el de la inminencia del mal que se anuncia probable y, en cambio, en situaciones de necesidad agresiva, el de su actualidad.<sup>803</sup>

Ello por dos razones: a) en las situaciones de estado de necesidad aún se dispone de un control posterior que es el juicio de ponderación de males, que se integra también con el que el grado de inminencia del peligro que amenaza y; b) permite incluir en la estructura del estado de necesidad defensivo a la llamada “legítima defensa preventiva” en el que la acción de salvaguarda defensiva no aparece necesaria en toda su extensión (la conducta del responsable pleno todavía no muestra su peor cara: la negación frontal de la norma y también la negación del otro –el agredido- en tanto persona). Y, por último, la reacción resulta preferible (principio de dignidad), en los términos más moderados del estado de necesidad defensivo.<sup>804</sup>

#### **2.1.2.1. El mal que amenaza:**

Nuestro Código no define *mal* ni establece limitación alguna al respecto.<sup>805</sup> Como hemos dicho en su lugar, el peligro que amenaza puede tener dos fuentes u orígenes: “naturaleza” o una persona que es responsable (plena o preferente) por él.<sup>806</sup> Analicémoslos con mayor detalle:

---

<sup>803</sup> Similar pero sin distinguirlo para situaciones de necesidad defensivas y agresivas, BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 137, “debe ser por lo menos inminente, por más que no se presente inmediatamente inminente... las situaciones de estado de necesidad no requieren un grado de exigencia de actualidad tan estricto como las situaciones de defensa necesaria.”

<sup>804</sup> Así, Baldó, *Estado de necesidad...*, 137 y JAKOBS, DPPG, 12/24 y 12/27.

<sup>805</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 321.

<sup>806</sup> Ver *infra*, Tercera Parte, Capítulo I, punto 1. En España, por todos, Cerezo Mir: “El peligro puede provenir de las fuerzas de la naturaleza (nafragio, incendio no provocado, terremoto, inundación, del ataque de un animal); de movimientos corporales de un ser humano que no constituyen una acción; de una acción humana lícita e incluso de una acción ilícita que no constituye una agresión ilegítima (por ejemplo, una acción que no responde al cuidado objetivamente debido); de una agresión ilegítima a intereses jurídicos supraindividuales (CEREZO MIR, “Noción de estado de necesidad...”, 204 y nota 19).

### 2.1.2.1.1. Peligros provenientes de “naturaleza”:

El catálogo es muy amplio.<sup>807</sup> Hablamos de peligros provenientes de los *elementos naturales* - fuego, viento, terremoto, lluvia, tempestad etc.-; de los *animales* - perros, serpientes o de cualquier otro-; de *manifestaciones humanas que no son acciones en sentido penal (actio homini)*<sup>808</sup> -casos de crisis epiléptica, desmayos u otros estados de inconsciencia<sup>809</sup>, ataques de estornudo, estados sonámbulos o hipnóticos-; de la *enfermedad*<sup>810</sup>; de *necesidades fisiológicas* o de *fenómenos natural- fisiológicos* – el hambre, la sed, las necesidades de evacuación<sup>811</sup>, el prurito, los calambres, el hipo, los vómitos, el temblor, la fiebre, el sudor -; de *trances angustiosos*<sup>812</sup> o de

---

<sup>807</sup> La situación de necesidad puede provenir de propias *funciones fisiológicas* como el hambre, la sed, (la necesidad de) movimiento, de reposo, de evacuación etc., incluso si tienen su origen en una enfermedad, como puede ser un **síndrome de adicción**. Cabe observar que si estas necesidades fisiológicas alcanzan un extremo de intolerancia que supera la capacidad de control del sujeto, desplazan el estado de necesidad por un supuesto de falta de acción por fuerza física irresistible proveniente del propio organismo. (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Manual ...*, 497).

<sup>808</sup> *Propie humanae* son acciones conscientes y voluntarias del hombre *qua* hombre; esto es racionales, libres y responsables. Las *acciones hominis* carecen de esas cualidades y semejan las animales. (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, 4ta. Ed. reimpresión, Madrid, 2001, I-II, 1.1.co. Ver asimismo LEGET, Carlo, *Living with God: Thomas Aquinas on the Relation Between Life on Earth and "life" After Death*, Peeters Publishers, Utrecht, 1997, 142-143).

<sup>809</sup> Caso del sujeto que se desmaya y va a dar contra otro con peligro de lesionarlo levemente, ver SILVA SÁNCHEZ, Sobre el estado de necesidad...”, 674.

<sup>810</sup> **Asma:** “El imputado...interrogado por el Tribunal, expresa que no solamente lo afligía el estado de salud de uno de sus hijos, sino también la afección que a él lo aqueja –**asma**- a lo cual se unía la imposibilidad de conseguir cualquier tipo de ocupación desde el momento en que, por falta de trabajo y con una pequeña indemnización había sido despedido de la cervecería en donde se desempeñaba...”. (CCC, Sala III, 14.03.1972, “Quiroga, Ramón J”, LL 147-325).

**Toxicosis:** (el imputado trabajaba de empleado administrativo en una Comisaría y se apoderó del importe de las multas impuestas a los infractores del Código de Faltas durante todo un año para poder proveer de medicinas y de atención a su hijo de pocos meses de edad afectado por esta enfermedad). “El peligro actual e inminente se presenta en la **toxicosis que sufre su hijo de pocos meses**. Esta afección, según la defensa, glosando al Dr. Juan P. Garrahan, profesor titular de Clínica Pediátrica y Puericultura y autor del Tratado de Medicina Infantil, *es un proceso muy grave en épocas calurosas, sobre todo produce la muerte de muchos lactantes mal alimentados o mal cuidados de los medios pobres*”. El voto del Dr. Hueyo (al que adhirieron los demás jueces) dice: “no comparto la opinión del *a quo* sobre su interpretación a tal jurisprudencia; considero que por ella debe entenderse que, por regla general, no puede admitirse que se ponga remedio a una dificultad cualquiera o al sustento diario mediante el hedonista sistema de apropiarse de lo ajeno; pero entiendo también que ha de hacerse una distinción entre la necesidad emergente de la indolencia o poca inclinación al trabajo y la que sufre quien pone el empeño necesario para evitar la miseria, y principalmente cuando la necesidad surge por razones imprevistas y no por falta de espíritu de ahorro del interesado.” (CC, La Plata, Sala I, 23.10.1958, “Penalta, Miguel A.”, LL 98-84).

**Tuberculosis:** “Encuadra en estado de necesidad el intento de robo por parte de quien está enfermo de **tuberculosis** y que tiene, por ende, su capacidad de trabajo totalmente disminuida, además de esposa y tres hijos y carente también de empleo.” (CCC, sala 4, 12.11.1991, “Ramos, Carmelo”, JA 1992-IV-142. IJ Documento N° 70895).

<sup>811</sup> Necesidad fisiológica impostergable durante la custodia de un detenido... “No comete el delito previsto en el art. 281 párrafo 2° del CP (facilitación de fuga), el agente de policía que hallándose a cargo de la custodia de un detenido hospitalizado, se aleja por breves minutos ante una **necesidad fisiológica impostergable**, sin posibilidad de ser sustituido, oportunidad que aprovecha el preso para fugarse” (CCC, 18.05.1956, LL, 82-723, ED 67-517 y J.A. 1957-IV-9).

<sup>812</sup> *Asistencia a la madre enferma* (falsificación de certificados para obtener licencias con tal objeto, acogida). (CCC Fed. 04.03.1975, J.A. 28-78); “*cuadro alarmante por sucesivas internaciones de la esposa, aunque no contemporáneas con los apoderamientos que se imputan...*” (se absuelve por duda, entendiéndose posible la

*temores incoercibles*<sup>813</sup> – la miseria, el dolor y el miedo<sup>814</sup> -; *de sentimientos y sensaciones* - frío<sup>815</sup>, calor, dolor<sup>816</sup>, ardor, asfixia, encierro-

---

existencia de la situación de necesidad justificante) (Del voto del doctor Almeyra al que se adhirió el doctor Madueño). (CCC, Sala 5, 23.03.1982, “Lencina, F.R.”, BCCC, 982-2-40).

<sup>813</sup> “Encuadra en la causa de justificación del art. 34 inciso 3° del CP la conducta del obrero de un frigorífico, casado, con cuatro hijos, que debía atender las necesidades de su hogar con m\$N 35.000 mensuales, **si su mujer enfermó de un mal que requería urgente atención, si la sacó el hospital en donde estaba por incoercible aprensión de la paciente**, para hacerla ingresar en una clínica privada de la que era socio, si necesitaba m\$N 10.000 a tal efecto, y si la suma que sustrajo del escritorio de la empresa donde trabajaba fue esa cantidad y ni un sólo peso más”. (CCC, Sala 1, 20.08.1971, “Stoll, Juan”, LL 144-143).

<sup>814</sup> Por lo general, el miedo o el temor, no se aceptan como situaciones que dan lugar a la justificación sino o bien al recurso institucional o a la excusa del art. 34.2. CPA. Así:

“No resulta justificada por estado de necesidad la tenencia de armas de guerra no obstante las amenazas anteriormente sufridas por el encausado, si no se trató de un mal inminente que lo privara de las vías lícitas ofrecidas por el derecho para el caso.” (CCC Fed. Sala I, 10.3.1989, “Ratner, Juan C.”, LL, 1990-B, 627, J. Agrup., caso 7032). También: “Si el condenado estuvo en condiciones de soslayar el peligro que dice haber sufrido apelando a otros recursos que no fuesen los de infringir la norma del art. 134 del CP (matrimonio ilegal), toda vez que hubiera bastado, por ejemplo, poner la amenaza en conocimiento de la autoridad correspondiente para que ésta restableciera el orden alterado, o bien recurrir a un discreto y corto retiro a otro lugar, a la espera de que se calmaran los ánimos del padre de la mujer, no puede admitirse la justificación del estado de necesidad” (CCC, Sala 6, 15.12.1981, “A.O. Y.”, ED 99-183).

Otras veces se ha admitido a partir del argumento de la salvación del interés (supuestamente) preponderante, i.e. cortar las rutas impidiendo a la gente circular para visibilizar un reclamo frente al miedo a perderlo todo:

“... quien comete un hecho *prima facie* ilícito, para apartar el peligro de sí o de otro no actúa antijurídicamente si en el balanceamiento de los intereses en conflicto, especialmente de los respectivos bienes jurídicos y de los grados de peligro amenazados, prevalecen especialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados: en el caso, **los productores rurales con motivo del dictado de una ley que los colocó ante la inminencia y creencia fundada de que perderían gran parte o todo el fruto de su trabajo realizaron una medida de fuerza consistente en el cierre de rutas y de esa manera llamar la atención de las autoridades a fin de que escucharan sus reclamos.**” (Juzg. Instr. San Rafael, 8.11.1983, “Juri, Julio W. y otros”, JA 1984-II-101).

Pero el miedo o el temor bien pueden ser tanto males a evitar en sede de estado de necesidad justificante como disculpante. Otra cosa es que reúnan las demás condiciones exigidas en cada estructura y en el caso en concreto, para justificar o para perdonar en daño causado a responsables por el peligro o a inocentes.

<sup>815</sup> Caso del montañista que, en peligro de morir de frío, ingresa a una cabaña para calentarse con el fuego.

<sup>816</sup> *Dolores propios*: Una mujer venía procesada por el delito del art. 14 inciso 1° de la ley 23.737 (tenencia de estupefacientes para consumo personal). “La imputada... además de reconocer la tenencia de los estupefacientes incautados (*cannabis sativa*) refirió ser consumidora de esa sustancia pero exclusivamente con fines terapéuticos: su utilización, según alegó, **estaba únicamente dirigida a aliviar los episodios de intenso dolor que sufría con motivo de la enfermedad que padece en su columna, circunstancia a la que hizo alusión también, con idéntico sentido, su pareja conviviente....** no debe soslayarse que con posterioridad la defensa ha acompañado certificados extendidos por los médicos de la imputada, que se refieren a la afección y al cuadro de síntomas por ella mencionados e incorporan además otras circunstancias de relevancia para la causa, como ser el hecho de que la paciente presenta *intolerancia a drogas analgésico-antiinflamatorias, carece de los recursos necesarios para someterse a un tratamiento intensivo traumatológico y se halla impedida de abandonar los trabajos domésticos familiares, como le ha sido indicado, por tener a su cargo a su anciana madre y a una hija menor de edad...* En definitiva no podría reprochársele no haber sacrificado su salud individual para privilegiar el complejo de intereses por el que, se ha sostenido, se conminó con sanción penal la conducta que llevó a cabo y en base a la cual se intenta regular la tenencia de sustancias peligrosas para la salud pública castigando a todo aquel que se sustraiga al poder de policía de salubridad que ejerce el estado para resguardo de ese bien jurídico (CCC Fed., Sala II, c. 22.469 “Contratti, Paula Patricia s/procesamiento”, sentencia del 9.3.2006).

*Dolor ajeno*: “... porque la única vía de solucionar el mal en el caso (fuertes dolores de un ser querido que se moría), era el apoderarse de un dinero que, en la mentalidad de la encausada, bien pudo juzgarlo en justicia personal como propio, pues había sido ganado con su trabajo de doméstica y el mismo le era adeudado por sus empleadores”. (CCC, Sala 4, 11.06.1987, “Cabral, Isabel”, JA 1987-IV-293).

También se ha aceptado la existencia de un mal que amenaza, en situaciones de exposición a una situación de autoincriminación penal (aunque son supuestos de necesidad por colisión de deberes-derechos y no de intereses individuales).<sup>817</sup>

#### **2.1.2.1.2. Peligros con origen en una persona. *Distinción: sujetos responsables por el peligro; sujetos competentes por el peligro y terceros inocentes. Remisión.***

Como vimos, el peligro (mal que amenaza) puede reconocer su origen en una persona y, por lo tanto, la primera distinción que corresponde hacer, y que hemos hecho, se refiere al grado de relación, de vínculo, de compromiso que tiene esa persona con el peligro. Es decir, determinar si ese sujeto resulta (o no) *responsable* por él, y en *qué medida lo es*; o si no es responsable pero sí resulta *competente* por él o, finalmente, si se trata de un *inocente* (absoluto extraño, *irresponsable e incompetente* por él). El tema ya ha sido tratado, y a ello remito.<sup>818</sup>

#### **2.1.2.2. Mal permanente (peligros duraderos):**

El mal que amenaza puede consistir también en una manifestación o en un fenómeno que no se agota en un momento o en un acto, sino que perdura o que persiste en el tiempo (supuestos de *peligro permanente o continuado*)<sup>819</sup> y que, en cualquier momento puede desembocar en un daño.<sup>820</sup> Situaciones que, en principio, no habilitan la legítima defensa (porque si es un mal natural no existe “agresión”, y si su fuente es un responsable pleno, puede que el mal no sea todavía actual ni inminente), pero que sí pueden dar lugar al estado

---

<sup>817</sup> Así, si una declaración falsa en juicio laboral, motiva la formación de un proceso penal, trasciende de una mera cuestión de hecho y prueba. Si el encartado guarda silencio ante el perjuicio que podría ocasionarle su declaración, máxime si se atiende la inexistencia de anoticiamiento previo del art. 444 CPCC, esto conlleva a una situación de estado de necesidad justificante (art. 18 de la C.N., con su correlato de los tratados internacionales). (CNCP, Sala 3, “Gutiérrez, Ernesto Carlos *s/* recurso de casación”, c. 568, sent. 27.11.1995, SAIJ Sumario: 33000398). También: “El fallo plenario *Natividad Frías* interpretó que la autoincriminación que significaba para la mujer que abortó su sola presentación en un hospital público cuyos funcionarios están obligados a efectuar la denuncia, violaba la garantía constitucional del art. 18 de la C.N. reconociendo la preponderancia del bien jurídico vida, por encima de la persecución penal, pero la invalidez en el caso de la *notitia criminis*, sólo alcanza a la mujer, mas no a los coautores, instigadores o cómplices. Disidencia del Dr. Elbert: La mujer que consiente su aborto y se hace tratar médicamente actúa en estado de necesidad, procurando salvar su propia vida. Esta circunstancia y la del secreto profesional invalidan tal *notitia criminis* como legítima para hacer comparecer a otras personas ante la justicia. (CCC, Sala 6, 29.11.1991, “Cacios, J. V.”).

<sup>818</sup> Ver *supra*, Tercera Parte, Capítulo V, puntos 2, 3 y 4.

<sup>819</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 138.

<sup>820</sup> Ver CEREZO MIR, “Noción de estado de necesidad...”, 202.



de necesidad justificante.<sup>821</sup> Por ejemplo: el hambre, la estrechez económica, el frío, el dolor, el maltrato, la privación del cuidado debido en posición de garante (i.e. padres a hijos), situaciones coactivas permanentes o de amenaza duradera.<sup>822</sup>

Los primeros supuestos, hambre y estrechez económica, paradigmáticos del estado de necesidad, tendrán tratamiento particular en el numeral siguiente. Me interesan aquí los casos de peligro duraderos con origen en fuente humana. Como el caso 7 (el de Miguel y sus hermanos) de nuestra jurisprudencia, que ya presenté y uno parecido, pero esta vez, de la jurisprudencia alemana.

***Caso 10: “El tirano de la familia”.***

*H, quien tiraniza a su familia, golpea y atormenta hace tiempo a su mujer, E, de manera brutal. H la ha amenazado de muerte seriamente para que no lo deje ni lo denuncie. E, ya gravemente afectada en su salud, no ve más escapatoria que matar a H mientras duerme.<sup>823</sup>*

Para la mayoría de la doctrina, en el momento en que E mata a H, no existe una agresión antijurídica. La lesión no era inminente sino o pasada o futura. Por lo general la doctrina afirma que la solución de los casos de peligros actuales que todavía no se han traducido en una situación de agresión, pero cuyo rechazo requiere una acción inmediata, se encuentra en el estado de necesidad defensivo justificante y no en la legítima defensa. Tengo mis dudas. Yo creo que bien pueden considerarse males presentes o males inminentes que habilitan la legítima defensa. Por ejemplo, el caso de la víctima de un secuestro extorsivo, al que le anuncian que “si la familia no paga el rescate, lo matarán...”. En ambos casos (el del tirano y éste), el peligro es presente, actual. Lo mismo sucede con el caso de los parroquianos que, sentados a la mesa de un bar, anuncian en voz alta mirando al tabernero “a este cuando cierre el bar, nos lo cargamos”. Puede que todavía falten varias horas para el cierre del bar. Pero el peligro ya resulta a lo menos inminente (los parroquianos podrían ciertamente cambiar de idea, y adelantar la faena entre copa y copa). Se ponga o no “fecha y hora” al mal que se augura, no puede negarse la defensa de parte de la víctima, y en cualquier momento. En todo

<sup>821</sup> RIGHI Esteban, *Antijuridicidad y Justificación*, Ed. Lumiere, Buenos Aires, 2002, 115.

<sup>822</sup> Ejemplo: familia de extranjeros que sufre constantes amenazas de ser atacados por xenófobos... (DONNA, *Teoría del delito...*, 163).

<sup>823</sup> Caso del BGHSt. T. 48, 255 con comentarios varios, tomo la cita de OTTO, *Manual...*, 182.

caso, si no es en estructura de legítima defensa lo será, subsidiariamente, en estado de necesidad defensivo. Así, y respecto del caso del tirano, dice Otto:

“...incluso en el caso de un agravamiento del peligro con un riesgo de muerte agudo, el BGH no reconoce una preponderancia de los bienes amenazados de E, sino el interés mayor del bien jurídico vida de H. De este modo, se pasa por alto que, en el marco de la ponderación de intereses, debe tomarse en consideración que H ha puesto en peligro su propia vida mediante las agresiones auto responsables y antijurídicas contra E. Por lo tanto, cuando no se dispone de otras posibilidades seguras para repeler el peligro, rechazar la aplicación del § 34 resulta inadecuado e inconciliable con la ponderación de intereses exigida por el §34, que va más allá de la ponderación de bienes”.<sup>824</sup>

Si nos alejamos del marco conceptual de la ponderación de intereses y vamos a un sistema orientado a los principios de la libertad (autonomía y dignidad) los problemas desaparecen. La reacción contra la fuente de peligro se justifica siempre, y en cualquiera de los momentos en los que el peligro se manifiesta, despliega o mantiene. El responsable por el peligro consiente o asume la respuesta como resultado previsible de su injusto.

***Caso 10. a) Variante de legítima defensa:***

*... En el momento en que H la emprende a los golpes contra ella, E toma el cuchillo que había escondido entre sus ropas, y lo mata.*

En este caso, no hay dudas de que se habilita la legítima defensa. La agresión de H es actual, la respuesta de E parece racional y no provocada por ésta.

***Caso 10. b) Variante de estado de necesidad defensivo:***

*H tiraniza a su familia, a su mujer E y a sus hijos B, C y D. H se ha ido a la cama luego de golpear a su mujer y a su hijo B. Está durmiendo en el momento en que C lo golpea en la cabeza con una sartén para matarlo*

Creo que por las mismas razones dadas *supra*, puede habilitarse la legítima defensa o, subsidiariamente, el estado de necesidad defensivo (en el caso propio y de tercero) con resultado máximo (muerte del agresor). El mal que se causa sigue siendo menor, atento a que debe computarse del lado del destinatario de la acción defensiva, la creación del peligro

<sup>824</sup> OTTO, op y loc. cit.

plenamente imputable a su esfera. Y, a favor del necesitado, la elección por la afectación del responsable por el peligro antes que la de un inocente.

### 2.1.2.3. La miseria existencial y el hambre.

#### ***Caso 11: Hambre.***

*En un paraje de la provincia de Formosa, tres jornaleros dedicados a la zafra del algodón ya no tienen qué comer ni qué dar a sus familias. La provincia está en emergencia por la sequía. Se introducen en un campo, sacrifican y faenan una vaca, y se la reparten.*<sup>825</sup>

1. Cuando esto escribo, existen en la Argentina 35% de personas que viven por debajo de la línea de la pobreza y un 15% que son indigentes. Es decir que lo que obtienen, si algo, no les alcanza siquiera para comer. Así no tengo que ir lejos para hablar de este verdadero flagelo mundial que es, sin dudas, el hambre. Nuestro drama (que es casi una burla en un país como la Argentina, que podría alimentar al mundo con sus recursos), es suficientemente expresivo de nuestras carencias y de nuestros fracasos, como país y como sociedad.

Existen, asimismo, más de 22 M de personas, de las 44 M que habitamos este suelo (la mitad) que reciben el sueldo o un subsidio (muchas veces en razón de su situación de miseria) directamente del Estado. Dinero que no termina, evidentemente, con su estado de pobreza existencial y que pagamos los otros casi 10 M que trabajamos en la actividad privada y aportamos al sistema en forma de tributos de todo tipo.<sup>826</sup> En este contexto, que no es el de los países ricos (o el de los países ricos y serios del mundo que saben administrar lo que tienen), y atento a que uno de los paradigmas y casos mas clásicos de necesidad es el hambre (*furtum famelicum*),<sup>827</sup> resulta obligado hacernos estas preguntas: ¿puede una persona que vive en la miseria apoderarse de lo ajeno para sobrevivir? ¿Puede un hambriento hurtar el pan para comer o para dar de comer a su familia?

<sup>825</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Crim. y Corr. N 2 de Formosa, nov. 8-1963 “Ramírez Pedro y otros s/robo”, LL 118, p. 1-5, con nota de Miguel Ángel Passi Lanza.

<sup>826</sup> [https://www.clarin.com/economia/21-millones-personas-cobran\\_0\\_B1dVPeZ1W.html](https://www.clarin.com/economia/21-millones-personas-cobran_0_B1dVPeZ1W.html)

<sup>827</sup> “(y de cuya) conformidad a Derecho por estado de necesidad justificante no se puede discutir...” SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 88-89.

2. Si partimos de la base, que considero indiscutible, de que tanto la alimentación, como el vestido y la vivienda, son derechos humanos fundamentales que nos corresponden ya por nuestra condición de personas, los problemas que esta cuestión plantea son varios. *Primero*, que negar a unos lo que otros tienen (algunos en abundancia), no parece justo ni, por cierto, siquiera mínimamente tolerable. *Segundo*, que el responsable principalísimo de estas carencias inhumanas es el Estado (el nacional y los provinciales), que gasta más de lo que tiene y que no es capaz de promover el crecimiento económico con los enormes recursos del país ni de utilizar los que recibe por la vía de impuestos de todo tipo para aplicar a una asistencia mínimamente suficiente y efectiva para aquellos que más la necesitan. Así, el recurso a la afectación de una esfera individual (de un sujeto que, además, probablemente cumpla puntualmente con sus obligaciones civiles de solidaridad social), no parece la mejor respuesta. *Tercero*, que una situación de miseria, estrechez o penuria económica no resulta ser ya una situación de necesidad o, si en algún caso lo fuera, no resulta una situación de necesidad de inmediata solución. Se trata de situaciones de *peligro permanente*, que en todo caso, o bien se satisfacen apenas y momentáneamente, o (sólo) se postergan merced a una infracción penal, pero que en modo alguno desaparecen (el peligro se mitiga o aplaza, pero no se aparta). *Cuarto*, que habilitar siempre y en cualquier caso el recurso a la infracción de tipos penales por hambre (por motivos de hambre), nos colocaría cerca de la guerra civil o en un estado de naturaleza, a la Hobbes. Por eso es que en nuestro país, en general y como veremos, y a pesar de los monstruosos datos iniciales (que crecen...), se ha sido muy cauto en reconocer la justificación en casos de necesidad por hambre.<sup>828</sup>

3. Me parece pertinente presentar dos posturas (a la vez, dos extremos), para ilustrar la cuestión. De un lado, la muy restrictiva jurisprudencia inglesa (o de Gran Bretaña) en la materia (en rigor en toda la materia de estado de necesidad justificante). Del otro, trabajos que inspirados en Rawls o en Peter Singer, consideran que en tanto la alimentación es un derecho humano básico, aquellos que sufren hambre tienen, en términos Hohfeldianos, *un derecho fuerte*, *un derecho como pretensión* (o puede que un derecho como privilegio), no sólo a expresar o a demandar su satisfacción (ahora, en términos Austinianos), sino directamente *a tomar eso que les falta y que merecen en tanto personas*. Es el planteo, por ejemplo entre los

---

<sup>828</sup> Mir Puig nos dice que dependerá del contenido que demos al concepto de mal que amenaza. Así: “Esto depende de cual sea el mal que puede evitarse en estado de necesidad. La jurisprudencia ha exigido tradicionalmente que sólo la muerte por inanición es un mal suficiente y por ello exigía un peligro inminente de su producción, pero si se reputa suficiente “mal” el hambre o la indigencia en sí mismas, entonces es evidente la concurrencia del peligro inminente. El problema debe trasladarse entonces al apartado correspondiente al concepto de mal que amenaza.” (MIR PUIG, DPPG, 10ma., 472). Es en donde lo tratamos.

más interesantes y recientes, de la profesora de Oslo, Alejandra Mancilla. Presentaré, sintéticamente, estas dos posturas límite.

**2.1.2.3.a. El derecho inglés:** El sistema inglés, frente a la imputación de la comisión de un delito, y en lo que aquí interesa, reconoce tanto a la coacción (*duress*) como a la legítima defensa (*self-defence*) como defensas (*general defences*); pero no al estado de necesidad justificante.<sup>829</sup> Los ejemplos tradicionales de estado de necesidad (situaciones que, por cierto, existen también en las islas...) se limitan en la jurisprudencia a casos de *amenazas directas contra la vida*. Así, el escape del preso de la celda que se quema; la separación de los gemelos vitalmente unidos (*conjoined twins*, con la muerte del más débil –caso *RA E*); la detención de una persona afectada de desórdenes mentales que puede representar un peligro cierto para él o para otros – caso *Bournemouth Trust Case*-. También existen numerosos casos de echazón de la carga del barco para salvar la vida de los pasajeros y de la tripulación.<sup>830</sup> En cambio la justificación se niega para el hurto de comida y de ropas o para la intrusión o usurpación por despojo de una vivienda.

Lord Denning explicó ese rechazo de esta manera: “*si el hambre pudiera ser una vez una excusa para el robo, se abriría una puerta por la que todos los desórdenes pasarían*” ... “*si la falta de vivienda fuera admitida como una defensa para la usurpación, ninguna casa estaría a salvo. La necesidad abriría una puerta que ningún hombre podría cerrar*”.<sup>831</sup> Lord Edmund Davies mantuvo esa línea jurisprudencial y expuso con claridad la actitud que, aún hoy, prevalece: “*The law regards with the deepest suspicion any remedies of self-help, and permits these remedies to be resorted to only in very special circumstances. The reason for such circumspection is clear: necessity can very easily become simply a mask for anarchy*”.<sup>832</sup>

### **2.1.2.3.b. La subsistencia: un derecho como pretensión.**

---

<sup>829</sup> Los jueces nunca reconocieron una defensa en esos términos tan amplios, y es todavía incierto hasta qué punto una defensa de necesidad prevalece en la ley Inglesa. (SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 266).

<sup>830</sup> SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 268-269.

<sup>831</sup> SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 268.

<sup>832</sup> SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 275.

En un trabajo que me ha impresionado mucho, la profesora de la Universidad de Oslo, Alejandra Mancilla<sup>833</sup> afirma que si el derecho a la subsistencia es un derecho humano de primera magnitud<sup>834</sup>, aquellos que sufren hambre no tienen sólo el derecho a hacer sentir su voz, a reclamar por aquello básico para su sustento y el de los suyos, sino que lo tienen *como pretensión* contra el Estado y contra toda otra persona. Se pregunta al comienzo de su trabajo: *why would one allow enormous amounts of suffering to take place if one can prevent them at relatively little cost?* En su ensayo sostiene que la razón de la falta de progresos para superar el hambre, es que los derechos de los hambrientos no terminan de encontrar a aquellos obligados a su satisfacción<sup>835</sup> y que las demandas, aunque legítimas y urgentes, son demasiado vagas o generales a la hora de identificar su alcance y, también, a los obligados a satisfacerlas.<sup>836</sup> Así, los reclamos quedan limitados a la verbalización de una necesidad que nunca, o muy rara vez, es satisfecha.<sup>837/ 838</sup>. Para fundamentar su posición, la autora parte de

---

<sup>833</sup> MANCILLA, Alejandra, “When subsistence rights are just claims and this is unjust.” <https://www.cambridge.org/core.https://dot.org/10.1017/5026502519000475>

<sup>834</sup> Dice Mancilla: “En su clásico de los ’80, *Basic Rights*, Henry Shue defiende el derecho a la subsistencia como un derecho fundamental, esto es, como un derecho cuya privación impide el disfrute de cualquier otro. Junto con el derecho a la seguridad y a las libertades políticas y de movimiento, los derechos a la subsistencia son necesarios si queremos vidas humanas mínimamente aceptables. Entendidos como “demandas mínimas y razonables frente al resto de la humanidad”, crean un requerimiento de que su goce y subsistencia sean socialmente garantizadas frente a amenazas estándar. Desde el principio, Shue deja muy claro que *los derechos a la subsistencia son derechos como pretensión (claim rights)* en el sentido *Hohfeldiano*. Esto significa que se correlacionan con el deber de otro o de otros. Shue sostiene que son tres los deberes a cumplir: a) aquellos destinados a evitar la privación; b) aquellos destinados a proteger contra ella y; c) aquellos destinados a la ayuda a los que ya aparecen privados.” (MANCILLA, 136-137). Traducción mía, destacados también.

<sup>835</sup> En este ensayo sostengo que, en el caso de los “cosmopolitas de la justicia” con teorías basadas en derechos, su progreso desigual se debe, en parte, a la comprensión casi unánime de que los derechos constituyen sólo reclamos justos y que, siguiendo a Hohfeld, lo único que significa tener un derecho en forma de reclamo, es que los demás tienen un deber para con nosotros. (MANCILLA, 135-136). Traducción mía.

<sup>836</sup> “Dos críticas comunes a estos puntos de vista consisten en que son demasiado vagos cuando se trata de especificar a los titulares de deberes de los derechos de subsistencia, y que no está claro quién se supone que debe cumplirlos o hacerlos cumplir ... Un supuesto *derecho a la alimentación*, y muchos otros *derechos* que serían importantes para los necesitados, serán sólo un *manifiesto*”. Y sigue: “tener un derecho de subsistencia permite a su titular (sólo) reclamarlos de manera *Austiniana*” (es decir, en forma *performativa*, es decir con una especial fuerza ilocucionaria). (MANCILLA, 138 y 140).

<sup>837</sup> “Si alguien está crónicamente privado, tener un derecho de subsistencia significa que puede recordar de manera imperativa a los titulares de esos deberes la reforma legal o el rediseño estructural que ponga fin a su privación. Alternativamente, puede verbalizar de diversas maneras la frustración de estar permanentemente desnutrida contra aquellos que no deberían privarla de alimentos, o contra quienes deberían protegerla de la privación de alimentos, o contra quienes deberían proporcionarle directamente los alimentos. Pero no puede hacer más. En términos de comportamiento orientador de la acción, tener un derecho de subsistencia se reduce a tener un permiso para solicitar verbalmente en un tono imperativo que otros pongan fin a su privación, o para expresar en un modo conductivo (*behbitive mode*) su profunda insatisfacción con la respuesta.” (MANCILLA, 141). Traducción mía.

<sup>838</sup> Entre nosotros, en absoluta sintonía, véase Gargarella: “Obviamente, aquellos que se ven sistemáticamente privados de abrigo u hogar; aquellos que padecen diariamente el hambre; aquellos que son víctimas sistemáticas de la violencia, etc., confrontan algunos de los peores agravios que una persona puede enfrentar...Al mismo tiempo, tales ofensas, y particularmente su carácter sistemático, nos refieren a la existencia de graves deficiencias procedimentales –deficiencias que se vinculan con el sistema institucional, y que muestran que el

la idea de Derecho de Grocio y de Pufendorf. El primero, concibe al derecho a la subsistencia como una cualidad moral de las personas<sup>839</sup>, el segundo, ampliando el concepto, sostiene que los derechos de auto-preservación no sólo deben ser reconocidos sino que otorgan a su titular una acción directa para su satisfacción.<sup>840</sup> Así, si alguien no tiene lo necesario para subsistir, puede ejercer *el derecho de necesidad* y obtenerlo de quien sí lo tiene.

“Y si uno no puede proveerse de lo que necesita para la subsistencia por las vías legales establecidas, puede ejercer *su derecho de necesidad*, tomando y usando la propiedad ajena como si fuera propia. El derecho de

---

mismo es incapaz de reparar los males existentes. En estas situaciones, resulta muy difícil no culpar al sistema institucional por los males que padecen los miembros de estos grupos marginados... De allí que el hecho de que estos individuos se vean sistemáticamente privados del disfrute de tales bienes aparezca como una indicación de fallas persistentes y muy graves del sistema institucional (condición procedimental). De hecho, estas ofensas sistemáticas vienen a decirnos que tales grupos se encuentran experimentando serios problemas políticos, ya sea para transmitir sus demandas a sus representantes, ya sea para responsabilizarlos de sus faltas. Dichas ofensas aluden, además, a los defectos propios del sistema judicial, que parece incapaz para albergar o dar satisfacción a las demandas de los grupos más desaventajados, asegurando la protección de sus derechos fundamentales. En esta situación, podríamos concluir, el orden legal se muestra ciego ante las privaciones de los marginados, sordo frente a sus reclamos, o carente de voluntad para remediar las humillaciones que padecen. El orden legal, por lo dicho, puede ser considerado responsable de las privaciones sufridas por tales grupos –responsable en razón de sus acciones y/u omisiones.” GARGARELLA, Roberto, “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, *Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía*, (4), 2007, 1 a 29, aquí, 19. Puedo estar de acuerdo... ¿Pero cuál es la alternativa o la solución que se propone? ¿El reconocimiento de un derecho de injerencia lesiva sobre inocentes? Se cita a dos adalides de la libertad, a Jefferson y a Locke... ¡jamás lo admitirían con la extensión que se propone...! Se cita la Constitución Norteamericana y la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 en Francia, pero ambas aseguran la libertad y el respeto al otro y a su propiedad... (Enmienda XIV de la Constitución norteamericana (párrafo final): “...nor shall any state deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law”). La Declaración Francesa, en su art. 2, incluye a la propiedad entre los derechos inalienables e imprescriptibles de los hombres, junto a la libertad, la seguridad y resistencia a la opresión (venían del lugar que sabemos...).

<sup>839</sup> “Se considera a Hugo Grocio el padre de la teoría moderna de los derechos. A los significados convencionales de "derecho" como aquello que es justo o que está previsto en la ley, Grocio agregó otra definición que inauguró una nueva era de pensamiento sobre los derechos: "Derecho es una cualidad moral aneja a la persona, que le permite tener o hacer algo justamente” (ver GROCIO, *El Derecho...*, I.I.4., 138). Para él y para la tradición que lo sigue, los derechos son poderes morales de acción que delimitan una esfera soberana individual: *el suum* o lo que pertenece a la persona.” (MANCILLA, 146). Traducción mía.

<sup>840</sup> La auto-preservación es, según Pufendorf, el mayor interés de cualquier ser humano, y su relevancia normativa se refleja de dos maneras. Por un lado, uno puede proteger su esfera soberana de la invasión de otros, y puede apelar a la fuerza si es necesario. Este es el lado *reactivo* de la auto-preservación y constituye el derecho tradicional a la legítima defensa. Por otro lado, uno puede emprender diferentes acciones para obtener “aquellas cosas necesarias sin las cuales no podemos mantenernos vivos... mientras uno no invada la esfera soberana ajena al hacerlo. (PUFENDORF, Samuel, *El deber completo del hombre, según la ley de la naturaleza*, ed. Ian Hunter and David Saunders, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, V. 23, 90). Este es el lado *proactivo* de la auto-preservación y se acerca a nuestra comprensión contemporánea de los derechos de subsistencia. La autodefensa y la subsistencia son, por lo tanto, dos caras de la misma moneda: derechos que todos los individuos tenemos para permanecer soberanos sobre nosotros mismos, marcando un ámbito o esfera mínima de acción libre y generando un deber a los demás de respetar ese ámbito o esfera. En la terminología Hohfeldiana, son derechos como privilegios (*privilege rights*) y derechos como reclamos (*claim rights*). (MANCILLA, 146-147) Traducción y destacado míos.

necesidad es, por decirlo así, *la rama ejecutiva de los derechos a la subsistencia* –un derecho que se activa aún cuando se viola la ley humana. Porque si ella se respetara, quedarían insatisfechos.<sup>841/ 842</sup>

En su apoyo cita a Pufendorf,

“If a man, not through his own fault, happen to be in extreme want of victuals and clothes necessary to preserve him from the cold, and cannot procure them from those who are wealthy and have great store, either by intreaties, or by offering their value, or by proposing to do work equivalent; he may, without being chargeable with theft or rapine, furnish his necessities out of their abundance, either by fore or secretly, especially if he does so with a design to pay the price, as soon as he shall have an opportunity”.<sup>843</sup>

Es, sin dudas, un fortísimo pilar de apoyo. Pero no resulta, ni siquiera aquí, un derecho incondicionado. Tal como la misma autora reconoce en otras publicaciones<sup>844</sup>, se trata de un derecho reducido y excepcional. Esas condiciones a las que está sujeto pueden ser las que el mismo Pufendorf señala (casos de extrema necesidad vital, falta de culpa del necesitado, intento previo de obtenerlos por medios legítimos, intención de devolver lo apropiado); u otros. Pero además Pufendorf, hasta donde alcanzo, *no nos lanza sin más a la caza de lo que nos hace falta*.<sup>845</sup>

---

<sup>841</sup> MANCILLA, 147-148. Traducción y destacados propios. Este artículo resume las tesis generales presentadas por la autora en su libro *The Right of Necessity: Moral Cosmopolitanism and Global Poverty*, Rowman & Littlefield, Londres, 2016. En la reseña a ese libro, dice Aitchison: “For Mancilla, the right of necessity is a moral right an individual has to ‘take, use and/or occupy the material resources required to guarantee her self-preservation, or the means necessary to obtain the latter’ even if this means encroaching onto the property of others (p. 4). It is, she argues, an ‘expression’ of the basic human right to subsistence in the manner that the right the self-defence is an expression of the right to physical security (p. 65). In cases of extreme need, it may licence stealing food or squatting land or housing as well as the appropriation of resources such as money that will indirectly secure one’s survival.” (AITCHISON, Guy, *Ethical Theory and Moral Practice* 20 (2017): 1099-1101, aquí 1099).

<sup>842</sup> Gargarella habla también de derechos subjetivos, y de derechos a la acción directa, pero no los declara *derechos como pretensión* en la forma Hohfeldiana (que del otro lado implican un deber de tolerancia máximo y, por tanto la negación de la defensa), a lo que sí se anima Mancilla. Así dice el argentino: “... los oprimidos tendrían el derecho de desafiar ciertas prohibiciones legales cuando estos desafíos pudieran servir, razonablemente, para poner fin a su situación de sufrimiento extremo. Por ejemplo, y sólo para ilustrar este reclamo, los marginados podrían arrogarse el derecho de ocupar tierras vacías (como lo hace el MST en Brasil, por ejemplo?), o el de usar propiedades en desuso con el objeto de asegurarse y asegurarle a sus familias, ciertos derechos básicos (en este caso, la comida, el abrigo) que el Estado no les garantiza. De modo similar, ellos tendrían el derecho de explorar avenidas no-tradicionales para canalizar sus protestas (por ejemplo, a través de cortes de ruta, como suele ocurrir en América Latina?), de modo tal de forzar al Estado a atender sus intereses fundamentales –intereses, otra vez, que el Estado ignora y viola de modo sistemático”. GARGARELLA, “El derecho de resistencia...”, 21-22. La formulación de sus propuestas cerrándolas con un signo de interrogación que nunca se abre, no permite entender si resultan asertivas o propositivas. Pero el contenido del trabajo parece apoyar la primera hipótesis.

<sup>843</sup> PUFENDORF, *Of the Law...*, V. 30, 93. Citado por MANCILLA, 148 nota 47.

<sup>844</sup> Ver MANCILLA, Alejandra, “Non civil disobedience and the right of necessity, a point of convergence”, *Krisis Journal of Contemporary Philosophy*, 2012, Issue 3, 3-15. Aquí 5-6.

<sup>845</sup> Reitero, lo que Pufendorf dice es que: “uno puede emprender diferentes acciones para obtener “aquellas cosas necesarias sin las cuales no podemos mantenernos vivos... mientras uno no invada la esfera soberana ajena al



### 2.1.2.3.c. Análisis y propuesta:

Ni tan poco, ni tanto. No se puede negar siempre y en todo caso la apropiación de cosas ajenas en un estado desesperante de hambre, *hurto famélico* (propio y/o de la familia), ni habilitar obligaciones individuales masivas (de dar o de hacer), ni directas apropiaciones en situaciones de carencia o estrechez económica. Lo primero, nos colocaría muy lejos del reconocimiento del otro por el sólo hecho de ser persona, es decir de negar su dignidad. Lo último, es un fiel ejemplo del reclamo por “una justicia cósmica”<sup>846</sup> o por la “justicia cosmopolita” (en su versión, claro), y además de extremadamente candoroso y peligroso<sup>847</sup>, implica una *sobrecarga* insoportable e incompatible con la autonomía individual<sup>848</sup>, derivaría en un estado de guerra social permanente y haría imposible la vida en común.<sup>849</sup> Todas, creo, muy buenas razones para descartarlos.

---

hacerlo”, ver *supra* nota 840 e *infra* nota 883. El titular del derecho (de propiedad, por ejemplo) tiene una pretensión como derecho fuerte, de que ella se respete. Que exista otro que invoque un “derecho humano” contra mi derecho no es ya afirmar a su favor un derecho como pretensión ni como privilegio... Ver Clayton Thompson: “...The phrase ‘Human Rights’, or an assertion to a ‘Human Right’, is often used to imply some moral authority and, therefore, priority over other legal rights. Yet, this is often done without evidence for such moral authority and without recognition that a *human right* in law must have the same conceptual makeup as any other legal right for it to have any deontological or normative meaning. That is, it must fit within the Hohfeldian framework. As such, any human right in law is simply a legal right. As noted, Hohfeld’s framework solves no problems of justice or social policy for us, but it does allow us to see the problem at hand for what it is and direct our arguments of moral authority or justice or social policy accordingly. *A claim seeking recognition of a human right over a, say, property right is simply a claim to restrike the balance between two competing rights.*” CLAYTON THOMPSON, “The rights Network...”, *Laws*, 2018, 7, 28, 13.

<sup>846</sup> Ver *supra*, Tercera Parte, Capítulo VII, punto 1.2.

<sup>847</sup> ¿Qué se espera que haga el titular de la cosa que por la fuerza se toma? Por lo pronto, y hasta que la “justicia cósmica” se alcance... probablemente ejerza su derecho ¡fuerte!, a la defensa. Y, probablemente también lo sea con un costo todavía más apreciable para el necesitado que el que su propia miseria le impone. Quizá, y ojalá, este planteo liberal (ideología que tanto desprecian los *cosmopolitas de la justicia y de la igualdad*) les de algunas ideas que satisfagan, sin semejantes costos, sus legítimas preocupaciones que, por cierto, compartimos. Silva acepta estos actos de “realización privada” de la necesidad, pero con la condición de que no sean violentos: “a mi juicio... la realización privada –sin violencia ni intimidación- del Derecho objetivo en cuanto a la protección positiva, cuando no hay expectativa razonable de que sean leyes y tribunales los que la realicen, debería reputarse penalmente no prohibida” (justa) SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 105. La exclusión de medios violentos, debería reducir estos casos al hurto famélico y, eventualmente, a la infracción de un bien jurídico supraindividual (salud pública), supuestos de conductas de hambrientos de microtráfico de droga sin grave daño a la salud (op. cit., 89 y 93)

<sup>848</sup> El deber de solventar en forma permanente, y aunque sólo fuera mediante aportes mínimos o *triviales*, las necesidades de aquellos que sufren (en nuestro país o en el mundo), implicaría una virtual renuncia a todas las actividades normales cuya conveniencia damos por sentada, y su reemplazo por deberes y obligaciones para *con la humanidad*. Ello implicaría un sacrificio sustancial, más bien definitivo, de nuestra autonomía individual; de la posibilidad (y de la libertad), de construir nuestras vidas como queramos... deberíamos abandonar o renunciar a nuestros planes de vida... Así, FISHKIN, James, “Las fronteras de la obligación”, en *Doxa* 1986/3, 69 a 82. Aquí, 74.

<sup>849</sup> La existencia del estado de necesidad debe juzgarse dando a la letra de la ley una mayor flexibilidad que la que tuviera a principios de siglo, en atención al cambio de circunstancias que revelan una afligente situación económica padecida por gran parte de la población, pero *no puede ser ampliada de tal forma que abra*

Pero no somos insensibles a la situación pavorosa de hambre y miseria de buena parte de la humanidad y de millones de nuestros conciudadanos, viviendo miserablemente (sin poder comer a diario, sin cloacas, sin agua, sin luz...) a pocos kilómetros de distancia.<sup>850</sup> Si orientamos la cuestión a los principios que deben ordenar un sistema liberal, no advierto que las respuestas sean tan complejas. El responsable, dijimos, de crear las condiciones para que los ciudadanos alcancen el mínimo necesario para vivir dignamente y para realizarse como personas es el Estado.<sup>851</sup> Los obligados no somos los particulares.<sup>852</sup> Por ello, lo primero que debemos hacer, según creo, es además de exigirle con vehemencia que cumpla de una vez con su papel, distinguir situaciones de penuria, de estrechez o de estrés económico, de situaciones dramáticas de hambre. Lo primero “*es cosa del Estado*”.<sup>853</sup> Y, lo segundo, también.<sup>854</sup>

---

*circunstancias alarmantes para el orden jurídico, pues cada desvalido podría invocar sus urgencias para atacar el patrimonio ajeno...* (CCC, sala 4, 29.11.88, “Gómez, Miguel A.”, IJ Documento N° 41668.

<sup>850</sup> En efecto, “... allí donde personas –enteros grupos sociales- viven por debajo del umbral de la pobreza, no tiene demasiado sentido hablar de libertad ni de igualdad política” (SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 80-81). Acabo de escuchar por la radio que el Gobernador de Buenos Aires, Sr. Kicillof (antes ministro de economía de la Nación, por demasiados años), nos dice, sin pudor y ninguna vergüenza, que existen 1.800 villas de emergencia en el Gran Buenos Aires... Un territorio gobernado casi por entero y durante los últimos 40 años, por el partido que integra.

<sup>851</sup> Por cierto que cuando universalizamos el problema (y esa es la pretensión de los cosmopolitas cósmicos) la cosa se complica todavía más... Para ello, ver FISHKIN, 78: “¿En qué medida debería exigirse a un determinado país que sacrificara sus intereses (y los de sus ciudadanos) en consideración a un estado de cosas global parcialmente preferible? De la misma manera que se produce *sobrecarga* para los individuos aislados en un mundo de cooperación moral imperfecta en el que un amplio número de situaciones que determinan obligaciones se les presentan, así también se produce *sobrecarga* para los Estados nacionales...”

<sup>852</sup> “El hecho de que el Estado reconozca el derecho a la vivienda no significa que pueda permitirse la continuidad de una apropiación irregular o injustificada ...”. (TSJ CABA- expte. 6895/09 voto de la Juez Conde, en “Ministerio Público- Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en N.N. Yermal 2635 s/ inf. Art. 181, inc. 3o CP – inconstitucionalidad”).

<sup>853</sup> Así, por ejemplo, en supuestos de falta vivienda: “[...] es necesario recordar que, ya desde las primeras oportunidades en que este Tribunal debió analizar pretensiones vinculadas al derecho de acceso a la vivienda, tales decisiones reconocieron que tal derecho ha recibido expresa recepción en nuestro ordenamiento constitucional y legal, en tanto se trata de una de las tantas manifestaciones del derecho a la autonomía personal (“in re” “Victoriano, Silvana y otros c. GCBA s/amparo”, exp. 3265; “Basta, María Isabel c. GCBA s/amparo”, exp. 3282; “Báez, Elsa Esther s/amparo”, exp. 2805; “Silva Mora, Griselda c. GCBA s/amparo”, exp. 2809; entre otros precedentes). El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio” (esta Sala, “Pérez Víctor Gustavo y otros C. GCBA s/Amparo”, expte. 605 del 26/01/01; en sentido concordante, “Benítez, María Romilda y otros c. GCBA. s/ Medida Cautelar” exp. 2069, J. 2, S. 3 del 16/11/01). Para que la libre elección del plan de vida resulte posible, no es suficiente con la sola abstención, sino que requiere una colaboración activa del Estado, esto es, la ejecución de acciones positivas. (...) Este deber de reconocimiento y tutela reviste aún mayor relevancia cuando se trata de los miembros de la sociedad que tienen su ámbito de autonomía reducido por razones de exclusión social. [...] se ha sostenido reiteradamente que el derecho a la vivienda implica, por su naturaleza, un deber de las autoridades públicas de garantizar un nivel mínimo de efectiva vigencia. Es que, como ya se expresó, en algunos casos será necesario adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen estándares mínimos. De esta forma, cuando un individuo o grupo no puede acceder a una vivienda digna, el Estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de ese derecho. Este deber tiene vigencia aún en períodos de crisis, en especial cuando se trata de grupos en situación de extrema precariedad.” Cámara CAyT de la CABA, Sala I, Fecha 13/10/2006, “Mansilla, María M. c. Ciudad de Buenos Aires”).

Pero en tanto somos personas dotadas de dignidad que reconocemos en el otro una misma dignidad y debemos respetarla, resulta una demanda obligada (un deber moral y también jurídico) para un individuo particular.

Es decir que, en la posición que defiendo: *a) las situaciones de estrechez, penuria o estrés económico no constituyen situaciones de necesidad que puedan dar lugar al estado de necesidad agresivo (sí a una considerable disminución de pena en los términos de la atenuante genérica del art. 41 CPA),<sup>855</sup> b) el hurto famélico (el hurto del hambriento) sí puede constituir una situación de necesidad que habilite en sus términos -subsidiaria, mínima y excepcionalmente-, la afectación del patrimonio del inocente. Ello en tanto negar esa prestación sería directamente negarlo como persona.*

Si analizamos la jurisprudencia argentina, veremos que esa misma es la opinión que nuestros jueces han mantenido a lo largo de los años. Así, en general, o bien no se considera ya a la penuria o estrechez económica como una situación de necesidad,<sup>856</sup> o se la rechaza

---

<sup>854</sup> Para una posición contraria, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...*, 75-83. Véase *supra*, nota 847.

<sup>855</sup> Para una postura distinta, que acepta la exclusión de responsabilidad del agente en casos de grave y prolongada situación de pobreza, para delitos que no implican injerencia en la esfera de bienes personales ajenos – i.e. contra la propiedad o contra bienes supraindividuales- a las que llama “infracciones de obligaciones adquiridas” para distinguir las de la “infracción de los deberes naturales”, delitos contra la vida, la integridad, la libertad etc.; ver SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis...* 88-110.

<sup>856</sup> “El apoderamiento del dinero con abuso de confianza no puede intentar justificarse en la adquisición de medicamentos y alimentos por no haber percibido el sueldo de un mes determinado, cuando el imputado *no probó encontrarse en estado de necesidad o afligente situación económica*, y ella puede ser excluida inicialmente al observarse que, *según sus propias expresiones no cobró el sueldo por un olvido, tenía crédito en varias instituciones bancarias, parte del dinero lo empleaba para traslados y en la comisaría donde se desempeñaba obtenía -aunque en forma clandestina- alimentos, con el agravante que el accionar delictivo continuó hasta cuatro meses después, época en que el imputado ya había superado la presunta crisis económica.*” (CC Paraná, Sala II, 12.2.1979, “Trocello, Oscar D. y otro”, SP La Ley, 979-394).

“La justificación por estado de necesidad supone la existencia de un peligro concreto, inminente, actual e imposible de evitar por un medio distinto al delictivo y del cual el autor es extraño, no estando obligado jurídicamente a soportarlo, exigencias que para nada se concilian con la sola argumentación del padecimiento de dificultades económicas.” (CCC, Sala I, 18.10.1993, “Aparicio, Osvaldo A.”, La Ley, 1994-E, 694, 38.295-S).

“No puede considerarse causal de justificación –estado de necesidad- del delito de tentativa de hurto de tres prendas de vestir de la empleadora del procesado, la apremiante situación económica padecida a raíz de la enfermedad de su cónyuge, pues la admisibilidad de esta causal exige demostrar la presencia de un peligro real e inminente insolucionable por otros medios, y no solamente la urgencia de satisfacer necesidades inmediatas” (CCC, Sala 4, 5-8-93 “R.B”, c. 43.348, en DONNA, *Código Penal...*, 344).

“El estado de pobreza por sí sólo no pone a la persona en la situación de tener que lesionar bienes jurídicos como conducta preferida por el ordenamiento, no constituye un mal determinado y concreto que puede salvarse con la aprobación del derecho por la causación de otro mal. Máxime que en el caso de autos el procesado no tenía que hacer frente a una enfermedad de su mujer e hijas, y tampoco alega que tuvieran una necesidad que no pudiera satisfacerse sino inmediatamente, ni esperar que el encartado encontrara trabajo.” (CCC, Sala 3, “Rodríguez, Choque”, registro 22735, 12/11/1987, saij 87061945).

como justificación<sup>857</sup>, considerándola comprendida como una atenuante genérica contemplada en el art. 41 del CPA: “la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio o el de los suyos”).<sup>858</sup> En cambio, el hambre que coloca a una persona en situación de peligro vital,

---

<sup>857</sup> “No puede encontrar sustento en un estado genérico de pobreza sino en una situación fáctica concreta que se vincule con el mal causado” (CCC Fed., Sala 1, “Encotel s/denuncia”, 25/8/1985, saij 85260124 y, misma Sala, en “Rosell de Escobar, Gladys s/falsedad documental”, registro 20527, 2/3/1989, saij 89260155).

“La mera situación de estrechez económica...no es suficiente para acreditar el estado de necesidad y con ello convalidar la actividad de quien se dedica a apropiarse de cosas ajenas para su subsistencia.” (CF de San Martín, “Rejalaga, Samuel Orlando”, 20/4/1988, saij 88270045).

“La situación verdaderamente excepcional contemplada en el art. 34 inciso 3 del CPA, no puede asimilarse a la notoria dificultad para atender situaciones apremiantes que estarían señalando una subjetiva permisividad al delito, máxime en épocas de crisis.” (CCC, Sala 3, “Fernández, Mirta”, reg. 27117, 3/7/1990, saij 90060260).

“La insuficiencia de medios para afrontar la subsistencia del procesado y su familia, no es óbice para justificar su incursión en el delito, no debiendo confundirse estado de necesidad con penuria económica...”. (CCC, Sala 7, “Payé, Antonio”, registro 7743 del 29/4/1987, Saij 87061622).

“Si la pobreza y dificultad para ganarse el sustento fuera entendida por todos como causa de justificación, la regla serían los robos y hurtos y, la excepción, el respeto por la propiedad ajena. Aquellas deben ser tenidas en cuenta a los fines de mensurar la pena (art. 41 inciso 2 del CPA).” (CCC, Sala 6, “Ramos, V.”, reg. 18951, 22/2/1990, saij 90060012).

“No cabe asignar a la insuficiencia salarial el carácter de estado de necesidad si es que específicamente no se demuestra que han servido para poner en el trance de sacrificar un bien de menor entidad ante la inminencia de un mal grave.” (CCC Fed., Sala 1, “Encotel, s/denuncia”, 13/3/1986, saij 86260038).

“No basta justificar un estado de penuria económica por no obtener ingresos suficientes para abonar las cuotas del inmueble adquirido y demás gastos de manutención de una casa para proceder a delinquir impunemente” (CCC, Sala 4, “Pavón, Héctor”, c. 26.885, del 7/10/1982, BJ 1982, No. 5, 222).

<sup>858</sup> “El estado de necesidad sólo puede excluir la punibilidad de un hecho típico cuando el autor ha enfrentado la insalvable disyuntiva de cometer el delito o provocar un mal mayor que el que la infracción supone –caso en que su acción se torna lícita- o, al menos, de una intensidad tal que no quepa efectuarle un reproche suficiente para justificar la imposición de una pena, *lo que estimo dogmáticamente a través de lo dispuesto en el art. 41 del CPA en cuanto menciona expresamente a la dificultad de ganarse el sustento propio o necesario y el de los suyos como una de las circunstancias a ponderar en la mensuración de una pena, lo que necesariamente implica que aún concurriendo aquel estado, ha de subsistir la posibilidad de imponer sanción.*” (CCCF, Sala 2, “Estenabe, Esteban Juan s/fraude a la administración pública”, 28/2/1986, saij 86260036).

(Hechos: El acusado trabajaba en Ferrocarriles Argentinos, empresa del Estado. Intentó apoderarse de 5 kg. de viruta de metal y dos lámparas de propiedad de la empresa.

“Los problemas económicos por los que atravesaba el inculpado no constituyen la situación de necesidad requerida para la aplicación de la causa de justificación en cuestión encontrándose contemplados en el art. 41 CP como pauta general para graduar la sanción a imponer.” (CCCF, Sala 1, “Giannetti, Omar Norberto”, 25/4/1986, saij 86260037).

“No es suficiente la invocación de una genérica situación de peligro, ni la relación existente entre el mal causado y el que se pretende evitar, ya que una necesidad genérica sólo puede computarse atenuante.” (CCCF, Sala 1, “Rosell de Escobar, Gladys s/falsedad documental”, registro 20527, 2/3/1989, saij 89260155).

“... (es insuficiente) la genérica referencia a una situación económica apremiante acompañada de una lacónica afirmación sobre la falta de trabajo.” (CCCF, Sala 2, “Raynell de Marzoratti, María M.”, 28/2/1990, saij 90260334).

“La dificultad de ganarse el sustento no es eximente de responsabilidad. El art. 41 CPA lo admite como circunstancia atenuante que deberá contemplarse en concurrencia con otras que evalúan sobre la calidad y condición del inculpado.” (CAP de Rosario, Sala 1, “V.J.J. s/hurto”, 13/2/1992, saij 92099011).

“La dificultad de afrontar necesidades económicas no encuadra en el art. 34 inciso 3 sino en las circunstancias contempladas en el art. 41 CPA a efectos de mensurar la pena que cabe imponer, máxime en el caso de autos en el que el procesado es un hombre extremadamente joven, para quien la búsqueda de trabajo y su consecución no pueden ofrecer mayores dificultades que para cualquier padre de familia de las misma edad que, sin perpetrar delitos, puede sobrellevar la dura situación económica por la que atraviesa el país y es común a gran parte de sus habitantes.” (CCC, Sala 2, “K., M.C.”, registro 29060, 12/2/1985, saij 85060030).

constituye sin dudas un riesgo que puede ser, a los menos, temporariamente apartado en estado de necesidad agresivo<sup>859</sup>, siempre que sea la única alternativa al alcance del sujeto (mal absoluto).<sup>860</sup> La razón principal para habilitar la injerencia lesiva en la esfera ajena es, en nuestra jurisprudencia, el reconocimiento de su dignidad como persona, y razones de sensibilidad social (ciertamente, más lo último que lo primero).<sup>861</sup>

---

“La miseria como la dificultad de ganarse el sustento propio necesario constituyen simples atenuantes genéricos; para que opere la justificante debe ser inevitable el mal del que se escapa mediante la conducta ilícita.” (CCC, Sala 7, “Aguilar, Roberto”, registro 6444, 2/3/1987, saij 87061188).

<sup>859</sup> “... Aunque debe reconocerse que el estado de necesidad no siempre requiere de una situación de miseria que otorga jerarquía justificante al hurto famélico.” (CCC, Sala 7, “Medina, Esteban Enrique”, reg. 13414, 6/7/1990, saij 90060259).

“El hurto famélico puede llevar tanto a una situación de inimputabilidad (art. 34, inciso 1º, CPA), como a un estado de necesidad, siendo éste independiente y contemplando una situación totalmente distinta de la atenuante de miseria, donde el legislador no valora ninguna colisión de bienes jurídicos, como en la mentada causa de justificación.” (C3a.Crim.Jujuy. 11/6/1980, “León de Cuevas, Ana R.”, JA, 980-III-561).

<sup>860</sup> “La apremiante situación económica que soporta una persona y, consecuentemente, su grupo familiar, no es suficiente como para justificar un hecho ilícito. Pues la inminencia del mal mayor *inevitable por otro camino* es lo que determina la necesidad justificante, máxime cuando los procesados tenían otras vías lícitas para solucionar sus apremios económicos, ya que tuvieron dinero suficiente para devolver con intereses el monto sustraído.” (CCCF, Sala 1, “Banco de la Nación Argentina c/Salgado y otros”, 17/5/1984, saij 84260180).

“Debe exigirse el agotamiento de todos los medios lícitos al alcance de las personas... que el daño provocado en la propiedad ajena sea el único camino hábil y posible para lograr ese objetivo.” (CCC, Sala 3, “Lastra, Carlos”, c. 16.664, 30.8.1983, BJ, 1983, No. 4, p. 174).

<sup>861</sup> “La situación de emergencia económica que padece la clase trabajadora en sus niveles más bajos sobre todo, y frente a urgencias como el vestido, la salud, la educación, inclusive la seguridad y las condiciones mínimas de dignidad humana *torna imprescindible que los jueces analicen en cada ocasión con profundidad los requerimientos básicos de la vida actual, tratando de no sumarle a la injusticia de su casi imposible satisfacción para los menos pudientes, un castigo y degradación más, cual es la condena penal, para quienes como el incuso, intentan por todos los medios lícitos (trabajo de casi doce horas) de sensibilizar a los que más tienen.*” (CCC, Sala 4, “Gulamarci, Eduardo”, reg. 37838, 12/7/1990, saij 90060261).

“La enfermedad, el despido del frigorífico donde prestaba servicios, la dificultad para hallar trabajo, la existencia de una familia –mujer y dos hijos pequeños- a su cargo, todo está probado y concuerda, en el tiempo, con la pignoración del aparato por unos pocos pesos. No sólo robar un pan, como en *Los Miserables*, es un delito famélico. Cuando en un hogar pobre el padre de familia es el único sostén y está imposibilitado de trabajar: ¿podemos negar la realidad de una necesidad actual, de una urgencia inmediata, de un mal grave, gravísimo, como lo es el de dejar de alimentar a su mujer y a sus hijos?” (del voto del Dr. Fernández Alonso, en CCC, 3.11.1961, “Hereñu, Luis A s/defraudación prendaria”, LL 107-157).

“Debe absolverse a los procesados del delito de hurto tentado... por cuanto lo que intentaron sustraer, en cada caso, eran cantidades de comida que no superan la ración diaria, tratándose de dos sujetos que trabajan regularmente, percibiendo salarios insuficientes para cubrir las necesidades mínimas de alimentación y vivienda...” (CCC, Sala 1, “Vaca, Pablo y otro”, c. 25.538, rta. 3/6/1982, Boletín Jurisprudencia, Año 1982, N 3 p. 93).

“La inseguridad laboral, la carencia casi total de medios que afrontaba... conformaba un caso de excesivo peligro que incidió directamente en el hecho de autos, pudiéndose concluir que el procesado se vio obligado a delinquir, lesionando los derechos de un tercero para evitar a sus familiares un mal de mayor entidad... no es posible cerrar los ojos ante el problema de la carencia de trabajo y el desempleo que afronta actualmente la comunidad... La vida, necesidad de necesidades, al decir de Ortega, en ciertos casos como el de autos, coloca al agente en una situación excluyente de ilicitud, ya que para evitar un mal mayor, se comete otro que no se pudo soslayar por cualquier medio.” (CCC, Sala 1, “Ornetti, Jorge O”, registro 26306, 24/2/1983, saij 83060006).

“Corresponde absolver al procesado del delito de hurto simple por hallarse acreditado que obró en estado de necesidad (art. 34 inciso 3) puesto que sería un acto de injusticia exigir, a quien la sociedad le reconoce como única remuneración, luego de 18 años de trabajo, la casi irrisoria suma de A 240 por mes para una pareja y cuatro hijos, aún cuando la enfermedad del menor no sea de gravedad y haya sido atendido en el Hospital, que no pueda sentirse en un real estado de emergencia patrimonial cierta y permanente, siendo ajeno a la situación

Respecto del caso que encabeza este título (apoderamiento y faena de una vaca ajena para comer) dijeron los jueces:

“(Uno de los imputados...) Ramírez, explica el delito afirmando que lo cometió a causa de la afligente situación económica en que se encontraba con sus cuatro hijos, el mayor de 6 y el menor de 1, a quienes no tenía “nada que dar para comer. *La criatura lloraba de hambre...*”. Que los amplios términos de la causal de justificación... permiten encuadrar en tan sabia norma situaciones de extrema miseria, cuando el agente obra impulsado por las tristes consecuencias que la indigencia acarrea... La jurisprudencia ha sido muy cauta y ha preferido remitir los casos similares (hombre enfermo que es dejado cesante en su trabajo por enfermedad, con mujer y dos hijos pequeños con hambre, que vende una cosa prendada) a las previsiones atenuantes del art. 41 del CPA. Admito que en la comisión de otros delitos, la calidad de los motivos deben ser sólo circunstancias que el juez debe tener en cuenta la graduar la pena, *pero en el caso que analizamos no veo diferencia con aquel otro en que el reo se apoderó de dos ovejas para comer él y su familia a causa de que se hallaban sin trabajo debido a una huelga o del que sustrajo una bolsa de carbón para su hija enferma* (LL, t. 49 p. 855) o cuando *los acusados violaron el bien jurídico de la propiedad y lo hicieron para evitar una situación de peligro actual para otro bien jurídico de más alta dignidad y jerarquía en la escala de los valores, como lo es la integridad personal de los componentes de doce familias indigentes.*”<sup>862</sup>

¿Pero qué es lo que ocurre cuando existen canales institucionalizados para satisfacer esas necesidades básicas? La respuesta resulta evidente: el estado de necesidad agresivo es subsidiario de esa respuesta institucional que brinda el responsable principal (primacía de los canales institucionales). Pero, ¿qué si esa respuesta institucional, aunque existente, se revela insuficiente o ineficaz para atender a la gran demanda de alimentos, vivienda, abrigo, de los más carenciados? Esa es la situación en muchos países, entre los que, por cierto, se encuentra la Argentina. Propongo la misma respuesta que di para distinguir las situaciones de carencia prolongada y de urgencia por hambre. Si la necesidad resulta vital y urgente (hurto famélico, abrigo para no morir de frío) parece razonable habilitar, e inhumano negar, una mínima injerencia en la esfera del inocente para satisfacer la necesidad urgente y una prestación del requerido en forma de un deber mínimo basado en la dignidad. En cambio, la búsqueda y el reclamo de vivienda debe canalizarse siempre por las vías institucionales. El Estado suele proveer (el Nacional, los provinciales y los municipales), lugares de resguardo o de cobijo para los más necesitados en la urgencia (i.e. personas en situación de calle). Debe ser él

---

creada por su estado económico general que no provocó y que fue inminente amenaza al mantenimiento del hogar.” (CCC, Sala 4, “A.R.”, DJ 1989-1-372).

<sup>862</sup> Cita de CCC, octubre 21, 1947, LL, 48-832 y el voto del Dr. Fernández Alonso, en CCC, 3.11.1961 “Hereñú, Luis A s/defraudación prendaria”, LL 107-157.

mismo quien tramite junto al necesitado, la provisión de una vivienda para aquel que no la tenga y no puede admitirse el recurso a la toma o a la ocupación de la casa o de la propiedad ajena, aún –eventualmente- desocupada.

#### **2.1.2.4. El juicio de valoración sobre el peligro que amenaza:**

La valoración de “*algo como un mal*” se realizará conforme a criterios generales, *normativo-sociales*.<sup>863</sup> El pronóstico ha de realizarse objetivamente *ex ante*, entendiéndose por objetivamente “que no importan las capacidades del respectivo observador sino las de un observador medio colocado en la situación del autor según las leyes generales de la experiencia”.<sup>864</sup> Así, los *peligros inidóneos, aparentes o que no acarreen una amenaza concreta de lesión*, no dan lugar a una situación de necesidad y pueden que sí a una situación putativa de estado necesidad que se rige por las reglas del error.<sup>865</sup>

#### **2.1.3. El mal que se causa:**

Si bien, como vimos, la ley no nos provee de un concepto de *mal*,<sup>866</sup> resulta evidente que cuando se trata del mal que causa el autor, el interés sí debe estar penalmente protegido (*mal típico*).<sup>867</sup> Así, según doctrina mayoritaria, para evitar un mal propio o ajeno, no sólo

---

<sup>863</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 124.

<sup>864</sup> Ver BALDÓ, cit., 124 y 125: “el autor y otros terceros”. Cerezo Mir: “El juez debe realizar un juicio *ex ante*, colocándose en el lugar del sujeto activo y en el momento en que éste se disponía a realizar la acción típica” (CEREZO MIR, “Noción de estado de necesidad...”, 203). Para Mir Puig el juicio es también *ex ante*, “y se debe enjuiciar la situación según lo haría una persona prudente con sus conocimientos y como los que pudiera tener el agente. El error del sujeto (el sujeto cree que existe un peligro que no existe) puede fundar un estado de necesidad putativo.” (MIR PUIG, DPPG, 10ma., 472). Exige mucho más: “un conocimiento experto”, JAKOBS, DPPG, 13/13. Atento más a las “expectativas normativas de la víctima de la intervención” que “en el salvador”. También en contra de la idea de que el pronóstico *ex ante* es, en rigor, un juicio *ex post* que hace el juez (retrotrayéndose a la situación *ex ante*), por equívoca e innecesaria... El principio de experiencia no tiene que desarrollarse *post* la situación de peligro a juzgar, sino que puede conocerse desde hace tiempo... También exigen conocimiento experto HILGENDORF-VALERIUS, DPPG, 107. Entre nosotros, también por el juicio *ex post* Donna: “juicio objetivo *ex post* que se deduce de un observador inteligente colocado en la situación *ex ante* de la persona actuante”. (DONNA, *Teoría del delito y de la pena...*, 163).

<sup>865</sup> BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 125.

<sup>866</sup> El art. 34 inciso 3° del CPA no define el mal que se causa para evitar otro mayor, pero resulta indudable que en este se comprenden la vida, la integridad personal, bienes, honor y libertad (Cfed. Paraná, 29.03.1990, ED 139-716).

<sup>867</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 319. Dice Soler: “Ese mal causado tiene que consistir en un delito o, en general, en un daño inferido a un bien jurídico ajeno, es decir, en un hecho que, de no mediar el estado de necesidad, constituiría una fuente de responsabilidades penales y civiles.” (Soler, DPA, I, 364). Argibay: “el mal causado debe ser una conducta típica, formalmente contraria a derecho que, merced a las condiciones referidas en el inciso 3° del art. 34 del CPA resulta conforme al ordenamiento jurídico ya que se ajusta a la norma permisiva

cabe lesionar un bien jurídico de otra persona sino también infringir un deber. Ello porque al realizar la acción típica se infringe un deber (el de abstenerse de realizar la acción prohibida, o de realizar la acción ordenada).<sup>868</sup>

Todo lo cual me resulta de lo más interesante y también, según creo, muy relevante. Adviértase que *el necesitado en situación defensiva* (legítima defensa y estado de necesidad defensivo), lesiona a otro, pero *no infringe primero un deber*; más bien *ejerce un derecho fuerte o medio* (como pretensión o como privilegio o libertad) contra la infracción del deber fuerte (de no injerencia) del responsable por el peligro. El responsable por el peligro es quien mediante su infracción de máxima o de mediana intensidad ha configurado primariamente la situación de necesidad como una legítima defensa o como un estado de necesidad defensivo y al necesitado sólo le queda actuar como de él se espera: *reaccionando contra esa infracción*, que es origen del peligro que lo amenaza. Para evitarlo y, también, para afirmar el orden cuestionado.

En cambio, *cuando el necesitado actúa agresivamente contra un inocente, sí infringe primero un deber*: el de no injerencia en la esfera de autonomía ajena. En este caso, es él mismo quien configura primariamente la situación de necesidad como agresiva. El competente mínimo por el peligro, toma la decisión libre de injerirse lesivamente en la esfera de libertad de un absoluto extraño, irresponsable e incompetente por el peligro (inocente) y con ello: a) *se hace competente pleno* por la situación de necesidad y; b) debe reunir varias condiciones que permiten transformar ese deber fuerte de no injerencia en un derecho mínimo o muy débil (un derecho como facultad o potestad).

He aquí, según creo, otra muy buena razón para afirmar la subsidiariedad del estado de necesidad agresivo del defensivo.

Por otro lado, resulta claro también, ahora en virtud de lo que sí nos dice la ley, que el mal que se causa tanto en estado de necesidad defensivo como en estado de necesidad agresivo justificante debe ser *menor* al que se evita.

---

analizada.” ARGIBAY, Carmen, “Estado de necesidad”, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, AA.VV, dir. Baigún y Zaffaroni, Hammurabi, Bs. As. 1997, p. 628.

<sup>868</sup> VER SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado...”, 675, Mir 398-399 y CEREZO MIR, “Noción de estado de necesidad... 204.



Pero al estado de necesidad defensivo se le aplicará el baremo de ponderación de males del “mal que se causa apenas menor que el que se evita” y al estado de necesidad agresivo el baremo del “mal que se causa esencialmente menor que el mal que se evita”.<sup>869</sup>

### 2.1.3.1. La cuestión de la necesidad absoluta del mal que se causa.

Nuestra ley *no exige* que el mal *no pueda ser evitado de otro modo*.<sup>870</sup> Creo que aquí también puede y debe hacerse una distinción.

El criterio en *estado de necesidad defensivo* (en tanto el peligro se origina en aquel que sufre el daño) no puede ser el de la necesidad absoluta sino, tal como la ley exige para la legítima defensa, el de la *racionalidad*.<sup>871</sup> En cambio, en *estado de necesidad agresivo*, en tanto la injerencia es en la esfera de un absoluto inocente por el peligro y por la situación de conflicto, sí que puede y que debe ser el de la *necesidad absoluta* del mal.

Dice Núñez: “Si alguien que muere de hambre, en vez de hurtar el pan o lo primero que le viene a la mano para satisfacer su necesidad, elige un restaurante y se hace servir una suculenta comida, tal acto no puede estar justificado. Y no se le niega porque el peligro fuera evitable con otra manera de proceder. Se le niega en virtud de que el daño inferido no era el adecuado en su medida a las exigencias del mal amenazado”.<sup>872</sup> Estoy de acuerdo. Ahora bien, supongamos que el sujeto que pasa hambre es empleado del restaurante donde se hace servir la suculenta comida. Y que pasa hambre porque hace tres meses que no le pagan... El medio será adecuado en tanto racional. Si se va a comer a la esquina, será inadecuado porque tenía otras opciones a la mano (por ejemplo reaccionar contra la fuente de peligro).<sup>873</sup> Así entonces:

<sup>869</sup> Véase *infra*, este Capítulo, punto 2.2.

<sup>870</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 328-329. Lo exigía el § 54 de la ley alemana, el art. 8.7 del CP Español de 1848; el art. 49 inciso 3 del Código Italiano de 1848 y el art. 54 del de 1930. Eso explica, según Núñez, que los autores requieran esa condición, por ejemplo PACHECO, I, 161 y LISZT, *Tratado...* II, 341 y 343; NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 329 nota 146; DONNA, *Teoría del delito y de la pena...*, 164.

<sup>871</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 329.

<sup>872</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 330.

<sup>873</sup> Soy consciente de que esa suculenta cena servida en el restaurante del dueño insensible, sea acaso la última cena (y también la última “manifestación”) del empleado en ese lugar. Es decir que el dueño probablemente lo eche. Pero la situación de necesidad no deja de ser una situación de emergencia y la eximente de estado de necesidad debería servirnos para resolver eso, es decir, emergencias. No para cambiar nuestras vidas. El empleado saciará su hambre urgente y el dueño lo echará. El empleado lo demandará e ínterin, procurará no

#### 2.1.3.1.1. En estado de necesidad defensivo: necesidad racional.

En el caso 1 “perro malo” (originario y variante 1), es perfectamente posible aceptar que el ataque del perro ajeno podía evitarse por otro medio menos lesivo que un puntapié, por ejemplo, que termina quebrando su pata delantera derecha... Pero ello no obsta a que la acción del autor esté justificada. La regla no debe ser un criterio de necesidad absoluta (por *cualquier otro medio*), sino uno de adecuación racional.<sup>874</sup>

#### 2.1.3.1.2. En estado de necesidad agresivo: necesidad absoluta.

La regla aquí es mucho más estricta que para los casos de estado de necesidad defensivo: si a disposición del autor (necesitado) existen otros medios menos dañosos para conjurar el peligro que se quiere evitar, y cuyo uso no empeora la situación de peligro, no existe necesidad agresiva (esto es, no puede habilitarse la injerencia en la esfera de un inocente). La lesión del bien jurídico de menor valor debe ser, en estos casos, *el único posible* para la salvación del interés de mayor valor (necesidad absoluta). Ejemplos: si para saciar el hambre que mortifica al autor, éste puede pedir a un amigo pero opta (incluso por razones morales o por vergüenza) por la sustracción a un inocente del alimento indispensable, no estará justificado. Tampoco si en lugar de recurrir a la usurpación de la vivienda particular, ni a hurtar la electricidad ajena porque no se cuenta con la propia, puede dirigirse al Estado la petición de satisfacción del derecho fundamental.<sup>875/876</sup>

---

perecer. Y la vida seguirá, para los dos. Mala cosa eso de pretender ver en el Derecho Penal, como algunos hacen, soluciones a los problemas sociales más allá de aquellos para los que está y para los que debería servir: reducir la violencia social informal (y ello, en mi propuesta, quiere decir mantener el orden y garantizar la separación de las esferas de libertad allí cuando y donde deben quedar separadas).

<sup>874</sup> Así, NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 329. No se puede invocar sin que el autor este frente a la alternativa de actuar o de que, no actuando o procediendo de una manera inocente o más benigna, se efectivice el riesgo para el bien más valioso. Pero esto no exige sin embargo, como en otras leyes, que el mal amenazado habría sido inevitable si el autor hubiera procedido de una manera distinta a como lo hizo.

<sup>875</sup> En el mismo sentido, NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 331. La **penuria económica de los imputados no configura un supuesto de estado de necesidad que justifique el delito de usurpación de inmuebles**, toda vez que *los mismos no están legitimados a lograr "una vivienda digna" recurriendo a vías de hecho que importen una clara violación del ordenamiento jurídico*. (CCC, Sala 7, 10.03.2002, “Castillo, María del Rosario y otros”, LL, 2003-E, 944). En la ocupación clandestina (art. 181 inc. 1º CP) cabe desechar la eximente de responsabilidad prevista en el art. 34 inc. 3º del mismo Código, **si no existió un trance angustioso como para colocar al inculpatado en la necesidad de lesionar el interés legítimo ajeno** como único medio de evitar un mal mayor...” (CApel. Azul, Sala penal, 24.11.1966 “Altavista Ibáñez, Ernesto R”, LL 125-366). “Aún en caso de suponer que, efectivamente, la familia del encausado se hallaba en una situación de emergencia insostenible, no parece claro que ella sólo podría haberse evitado mediante la usurpación de un inmueble ajeno.” (CCC, Sala 5, 26.06.2006, “Pérez Suárez, Marianela y otros”, La Ley Online, Lexis 35001891). “El derecho de todo ser humano a contar con energía eléctrica en su compartida vivienda con su familia, no constituye la causal de estado de necesidad.” (CP de Santa Fe, sala 1, 13.04.1994, “A., V. L.”, JA 1994-IV, síntesis). También: “No resulta aplicable la causal de justificación del estado de necesidad, ya que no se advierte qué mal grave e inminente se pretendió evitar mediante la conexión clandestina de energía eléctrica, por muy serios que fueran los apremios económicos que acosaban al imputado.” (CP de Santa Fe, 11.03.1992, “V., H. P.”, JA 1994-IV, síntesis).

### 2.1.3.2. Valoración del mal que se causa.

Si la autonomía individual y a la dignidad de la persona humana tienen el rol trascendental que sostengo tienen, ello debe reflejarse a la hora de *valorar la acción necesaria* y también al comparar los males en liza, tanto el que el necesitado evita (cuan decisivo es ese peligro para su propia autonomía y para su dignidad como persona) como, claro está, para el mal que causa. No para la “comunidad de seres que somos los hombres” sino para una persona en concreto: en supuestos de necesidad agresiva, para el inocente. Para su propia biografía, para su autonomía y para su dignidad. Si no queremos instrumentalizarlo, servirnos de él como si fuese un objeto, desconsiderarlo como persona, su opinión acerca de aquello que de él se pretende resulta decisiva. Por ello es que exijo *para las situaciones de necesidad agresivas* que, si resulta posible, el necesitado requiera el consentimiento del candidato a afectar antes de actuar. Y si la respuesta no es irracional o caprichosa, que respete esa decisión. Nos podrá parecer una buena o una mala decisión; podremos coincidir, o no, con las elecciones que cada uno hace para su vida. Pero es la propia y en la posibilidad de hacerlas libremente y de que esa elección se respete residen, básicamente, los postulados centrales de la autonomía y de la dignidad. Recordemos el caso de Ramón y del accidentado Rigoberto. Ramón puede negar la entrega de su auto si considera que ella afecta de forma relevante su propia autonomía o su propia dignidad. Y su decisión debe respetarse. Si niega el automóvil al papá de Rigoberto porque se dirige al entierro de su madre, o a la cita con la que parece ser “la mujer de su vida”, el padre de Rigoberto deberá respetar la decisión, la comparta o no, y buscarse otra alternativa de las varias que en el caso hemos planteado. La mujer elegante bajo la lluvia y sin paraguas, antes de proceder a despojar al mendigo que se le acerca por una moneda, debe pedirselo o pagárselo. La acción directa en su contra, significa la negación del otro en tanto un ser igual a mí. Debemos preguntar a Benicio si quiere donar su sangre, o su piel antes de proceder a arrancárselas por la fuerza, aún cuando se trate de salvar la vida de otro. Así, a diferencia de los otros dos supuestos de necesidad justificante (con un responsable detrás, en los que precisamente por la previa negación del afectado por el peligro en tanto persona nada tenemos que preguntar cuando contra él se reacciona), en el estado de necesidad agresivo, la opinión del candidato a la injerencia lesiva cuenta, y mucho. Porque aunque

---

<sup>876</sup> Ver *supra*, Quinta Parte, Capítulo XV, punto 2: “un derecho positivo al abrigo o al cobijo (*a right for shelter*), por ejemplo, sería el derecho a que el Estado me brinde una vivienda, y, a la vez, estos derechos portan o habilitan un reclamo (si se lo ejerce) para que el Estado me provea de esa vivienda. Ante el defecto del Estado, no puedo *tomarla* de un particular..., como tampoco la asistencia en la salud, por ejemplo.

siempre estamos frente a una persona, en este caso es un inocente, que nada hizo y, por lo tanto, nada se merece. El amenazado por el peligro debe solicitar aquello que necesita para salvarse de su propio mal si ello resulta posible y respetar la decisión del inocente salvo que ella resulte irracional o arbitraria (el “no me da la gana” de Ramón). Y si ello no resulta posible (i.e. el afectado no está) como en el caso del alpinista en peligro de morir congelado si no ingresa a la cabaña por calor y alimentos, debe reponerse aquello que se usó más pronto que tarde.<sup>877</sup>

### 2.1.3.3. Supuestos de mal que se causa.

La doctrina penal es, en general, muy amplia a la hora de describir los males que pueden ser causados para evitar un peligro en estado de necesidad. La única limitación, casi unánime, parece ser la vida.<sup>878</sup> La civilista es, en cambio, mucho más restrictiva.<sup>879</sup> Creo, de nuevo, que los principios de la autonomía individual y de la dignidad de la persona humana imponen distinciones *cualitativas* (por el tipo de bien o interés) y *cuantitativas* (cantidad de daño a irrogar), sea que el mal se cause a un responsable por el peligro o a un inocente.

*Restricciones cualitativas:* En estructura de legítima defensa (responsable pleno) y de estado de necesidad defensivo (responsable preferente) el mal que se causa puede afectar bienes o intereses de la máxima importancia (vida, integridad física, libertad, honor, etc.) Y ello se explica por el principio de autonomía: el responsable por el peligro consiente una baja en la protección de su propio derecho de exclusión contra la injerencia ajena merced a su agresión (a su intervención responsable) en la esfera ajena. El límite de esa respuesta viene dado por el principio de dignidad y será el de la necesidad y el de la racionalidad: si el peligro

---

<sup>877</sup> El propietario de la cabaña pudo haber planificado una estadia en ella por una semana con la cantidad de víveres y de leña suficientes para ello. La acción del necesitado frustraría ese plan y hasta lo colocaría en peligro si es que no repone lo que utilizó.

<sup>878</sup> Por todos, Jescheck. “Todo bien jurídico puede verse afectado por la acción salvadora. Excepto la vida. Porque las vidas no pueden compensarse entre sí (caso especial la muerte del niño durante el embarazo para salvar a la madre. Ello resulta justificado conforme el art. 34 del StGB). Ej. El cierre de las compuertas en un submarino amenazado por la irrupción del agua, es necesario para salvar a la nave, pero la muerte de los marineros que resulten encerrados no queda justificada por la salvación de los demás, sino, a lo sumo, exculpada.” (JESCHECK, Hans Heinrich, TDPPG, Comares, Granada, 1993, 324.

<sup>879</sup> Por todos, Kemelmajer de Carlucci: “*El derecho sacrificado*: puede ser de la misma categoría del derecho amenazado o no serlo. En este sentido nadie duda que puede pertenecer al campo de los derechos patrimoniales, Por ejemplo, se irrumpe violentamente en la casa de un tercero causando daños en el inmueble para salvar a una persona que se encuentra en peligro. En cambio es muy discutible si puede o no sacrificarse un derecho personalísimo de otro (en especial la vida) para salvar al propio. *Mientras los penalistas, en general, contestan afirmativamente, los civilistas exigen que el daño ajeno sea de carácter patrimonial.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Los civilistas y las causas de justificación”, en AA.VV, *Código Civil, Comentado, Anotado y concordado*. Belluscio (dir.), Zannoni (coord.), Astrea, Bs. As., 1984, t. 5, 6-17.

es contra la vida o contra la integridad del necesitado, éste podrá atacar la vida o la integridad del responsable con el límite de la racionalidad (legítima defensa) o con el límite de un mal no relevantemente superior en el caso del estado de necesidad defensivo.

Si, en cambio, la acción de salvaguarda se dirige contra un inocente (estado de necesidad agresivo), el mal que le se causa no podrá significar un daño a su vida, a la integridad personal, a la libertad, al honor o en general, a cualquier bien o interés personalísimo.<sup>880</sup> Parece no haber desacuerdos en que el bien o interés preferido para ser sacrificado en situaciones de necesidad agresiva es el patrimonio. Veremos con qué alcance:

*Restricciones cuantitativas: Pero también existen límites cuantitativos en el estado de necesidad agresivo.* Por ejemplo, la pérdida patrimonial a la que se somete o pretende exigirse como sacrificio al inocente, no puede ser nunca sustancial ni tampoco significativa para su propio plan de vida (el violín del concertista sobre el que *procede* el director de la orquesta puede ser *sólo un violín* o puede que sea un Stradivarius. En cualquier caso, la pérdida es, a lo menos, significativa para el tercero inocente. Salvo que éste manifieste interés o voluntad de entregarlo en la emergencia.

#### **2.1.3.4. La cuestión de la llamada “imponderabilidad de la vida humana”: distinción.**

Muchos sostienen que nunca es legítimo (ni moralmente aceptable) tomar la vida de una persona. Que en virtud, precisamente, de los mismos principios que informan mi propuesta (la autonomía de la persona humana y su dignidad) *la vida* nos impone siempre un límite que no puede, en ningún caso, traspasarse. Así se afirma, por ejemplo, que los casos que enfrentan a una vida con otra, o con muchas otras, no son susceptibles de ser resueltos en sede de justificación.<sup>881</sup> Es evidente que una postura tan absoluta no resulta de recibo y que preciso resulta hacer distinciones.<sup>882</sup>

---

<sup>880</sup> La pérdida de la vida, incluso la pérdida del breve instante que ya quede, la de elementos no secundarios de la integridad corporal, la pérdida de la libertad no sólo incidental o la pérdida del honor ya irreparable, no se pueden justificar por los general a través del estado de necesidad agresivo. (JAKOBS, 13/21).

<sup>881</sup> Véase en la doctrina, por una posición absoluta, Hilgendorf-Valerius: “A diferencia de lo que sucede con la legítima defensa, el estado de necesidad justificante no es capaz de justificar el matar a otro. El principio de protección absoluta de la vida, derivado del art. 1 GG, prohíbe medir el valor cuantitativo o cualitativo de una vida humana. Antes bien, cada vida es digna de protección en la misma medida, de modo que el valor de una vida humana no puede preponderar sobre otra. Por eso es inadmisibles una ponderación de vida por vida”. Los autores rechazan la justificación en el caso de la tabla de Carneades y también en el secuestro de aviones (HILGENDORF-VALERIUS, DPPG, 109). En filosofía moral, también absoluto, Finnis: “it is never morally right to

Si un sujeto viene a matarme nadie discute que resulta moral y jurídicamente *permitido* matarlo;<sup>883</sup> es decir que *tengo derecho* a matarlo (y en esta propuesta un derecho como pretensión, un derecho máximo) y el agresor, un deber máximo de soportar mi respuesta sin posibilidad de defensa jurídicamente admisible. Estos supuestos no constituyen, en modo alguno, casos excepcionales. La cuestión resulta tan clara como su opuesto: esto es, que no tengo derecho a *matar a inocentes*. Por ejemplo, el famoso caso del guardagujas del tren y su cambio de vía para salvar a los pasajeros que se van a estrellar provocando de ese modo la muerte de varios operarios (inocentes) que trabajan en la vía elegida para la salvación del mayor número. O en supuestos en los que se salva a la embarazada que corre peligro para su salud (física o psíquica), eliminando al feto.<sup>884</sup> La necesaria distinción debe partir, en efecto, de los principios de autonomía individual (principio de responsabilidad) y del principio de dignidad (no me uses para tu propio beneficio ni el de otros).

Si en modo alguno puede decirse que cuestionas o infraccionas el principio de libertad negativa, gozas de la máxima expectativa de protección reconocida por el Derecho y, por ende, cuentas o puedes contar, con ello. Si alguien cuestiona responsablemente ese espacio de libertad, puedes defenderlo o contar con la defensa del sistema institucional o de terceros que te auxilien. Si en cambio, pones en peligro de un modo responsable la vida de otro, consientes de ese modo que tu expectativa de protección personal disminuya o desaparezca. La clave está, entonces, de nuevo, en el primer criterio para distinguir situaciones que nos aporta el principio de autonomía individual a través de su postulado principal, *el de la responsabilidad por el propio acto organizador que crea riesgos para terceros*. Como hemos visto, la

---

choose (intend) to take another's life" FINNIS, John, "Intention and side effects", en R.G. Frey and C.W. Morris (eds.), *Liability and Responsibility*, Cambridge University Press, 1991.

<sup>882</sup> El *topos* al que a menudo se recurre de que la vida es siempre un valor supremo no es acertado, como ponen de manifiesto estas excepciones (deberes especiales de sujetos especialmente obligados, soldados en la guerra, reclusos que intentan la huida), ya que, además imposibilitaría toda ponderación de riesgos, incluso el riesgo permitido (JAKOBS, 13/21).

<sup>883</sup> Entre los filósofos y teóricos políticos liberales, véase por ejemplo, Pufendorf: "... 5. Subordinate to the natural status of man and proceeding immediately from it is *peace*; for every man whatsoever, just because he is a man, is under obligation to cultivate peace with every other man whatsoever, so long as care for his own safety does not persuade him to a breach thereof on account of the wrongs done him by others. Now peace is either *universal* or *particular*. The former extends to all men whatsoever who use the law of nature in their dealings with us, and *consists first and foremost in this, namely, that no one injure another unjustly, and, if by chance controversies arise, that he be at pains to have them adjusted by a mutual arrangement or by arbitrators...* 6. But, in truth, since the obligation of observing the law of nature toward another ceases when that other does not observe the same law toward me, there arises thence, as a sort of subsidiary status for man, *war*, when our safety cannot be secured except by force." (PUFENDORF, *Two Books...*, I, Def. III, nos. 5 y 6). Destacados míos.

<sup>884</sup> "To kill an aggressor in self-defence is one thing, but to kill an uninvolved third party, even if this is the only means of preserving one's one life, could not be right –even though it shall be excusable" (ASHWORTH & HORDER, *Principles of Criminal Law*, 130-131). Rechaza ambos supuestos como justificados por necesidad JAKOBS, 13/21.

incumbencia de cada cual por el peligro la absoluta irresponsabilidad o incompetencia por él, serán los criterios que señalen qué derechos se reconocen a unos (aún el de matar) y qué deberes se imponen a los otros (aún el de soportar la propia muerte). Así:

En situaciones en las que *los sujetos en la relación no tienen la misma posición reconocida por el Derecho (i.e.: agresor-agredido)*, el *principio de autonomía individual*, y su corolario de la *responsabilidad por el propio acto organizador*, habilitan la muerte del *responsable pleno* por el peligro (legítima defensa) o hasta de un sujeto *responsable preferente* por el peligro (estado de necesidad defensivo), si es que su acción ha puesto en riesgo la vida de otro de un modo asimilable a supuestos dolosos.

En cambio,

En *situaciones de igualdad o de paridad jurídica*, y con la sola excepción de los casos de comunidad de peligro, que no son en puridad supuestos de estado de necesidad agresivo<sup>885</sup>, la muerte de un inocente resulta inadmisibile.<sup>886</sup> *El principio de dignidad de la persona* impone un *límite absoluto* para que las vidas sean ponderadas a partir de su cantidad (uno por cien: caso del guardagujas), de su calidad (joven espléndido por anciano achacoso: el automovilista pierde el control de su automóvil y debe elegir atropellar a uno o al otro) o del grado de los peligros involucrados (salvar una vida y dejar comprometida o disminuida a la otra: caso de la extracción compulsiva de un riñón).

#### **2.1.4. Límites al derecho de necesidad. Esbozo de una teoría general de los bienes personales ordenado por la autonomía y la dignidad.**

Para trabajar el estado de necesidad parece necesario recurrir a una teoría general de los bienes personales que trascienda la mera evaluación comparativa entre ellos y que apele a los principios de la autonomía individual y de la dignidad. La que aquí se propone distinguirá entre bienes de los cuales los individuos no pueden, en ningún caso, ser privados sin su

---

<sup>885</sup> Sí existe paridad jurídica, pero la víctima de la intervención no es un inocente. En todo caso un competente, como todos aquellos que compartan la comunidad de peligro.

<sup>886</sup> Por todos, Núñez: “por consiguiente, la defensa de ningún bien, así sea la vida propia o la del mayor número, puede legitimar un derecho que tenga por contenido la posibilidad de exigirle a un tercero inocente la renuncia a la vida o a su incolumidad física sustancial” (NÚÑEZ, *Tratado...*, T. I, 324-325).

consentimiento o, lo que es igual, sin un acto responsable que los haga acreedores de una respuesta a su injusto. Una teoría general de los bienes personales, que aquí sólo se esboza, presumiblemente distinguirá entre estas *clases de bienes*:<sup>887</sup>

**2.1.4.1. Bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados ni aún mediando consentimiento.**

**2.1.4.1.1. En estructura de estado de necesidad agresivo:**

La vida de un inocente no puede ser afectada. Y tampoco puede admitirse que se suprima la libertad de un inocente de manera absoluta (el sometimiento a servidumbre, a esclavitud u otra condición análoga): porque nadie puede consentir convertirse en un objeto, en una cosa. Tampoco pueden ser afectadas porciones significativas de libertad *de un inocente* en estructura de estado de necesidad agresivo, aún mediando su consentimiento.

Los casos de comunidad de peligro de *vida por vida*, no tienen como protagonistas a *inocentes* sino a *competentes por ese peligro* (se trata de un *casus común, para todos*) en igualdad jurídica (comunidades simétricas) o de desigualdad entre los integrantes de la comunidad pero marcada por las circunstancias (comunidades asimétricas). En las primeras, cabe el recurso al sorteo. En las segundas, esas circunstancias (mejor posición de uno respecto de otro –i.e. uno arriba de la tabla, otro en el agua-, condiciones de posible supervivencia –uno moribundo, grumete Parker, los otros no-, la inutilidad absoluta de la muerte de uno – por ejemplo, caso de globo en el que se necesita liberar sólo 60 kilos y uno de los tres ocupantes pesa 52- etc.) serán las que decidan quien vive y quien muere.

**2.1.4.1.2. En estructura de legítima defensa y de estado de necesidad defensivo:**

*Ninguno.*

La vida puede ser un bien susceptible de ser afectado, si la agresión o la *cuasi* agresión no dolosa suponen peligro contra la vida del necesitado. La agresión de un responsable pleno por el peligro (*legítima defensa*) también supone en el agresor consentimiento por la respuesta máxima que el agredido pueda intentar. La *cuasi* agresión no reviste, por lo general, el *quantum* de injusto suficiente para ser respondida con la máxima intensidad; pero existen casos en que esa puesta en peligro de la vida del necesitado resulta equiparable al dolo

---

<sup>887</sup> Parto del esquema presentado por NINO en *Los límites...*, 477 similar al de ZAFFARONI- ALAGIA- SLOKAR, *Manual...*, 496.



eventual (culpa grave con representación) y, por ende, no podemos descartar la justificación de la muerte del responsable por el peligro.

Lo mismo podemos decir de la integridad física.

En mi opinión, la transformación del sujeto en un objeto, por ejemplo el sometimiento a servidumbre, a esclavitud u otra condición análoga (por ejemplo: el castigo privado del secuestrador sometiéndolo a la condición de un animal), no constituyen supuestos de necesidad sino de venganza privada (injusto). Las vejaciones y la tortura no son admisibles ni aún en contra un responsable pleno por el peligro (i.e. terrorista que es sometido a torturas para revelar dónde es que puso la bomba), porque consentir ese tratamiento sería negarnos a nosotros mismos nuestra propia dignidad (y nuestra condición de personas). Una cosa es la eliminación física de la amenaza que representa el ataque actual o inminente, otra la respuesta social e institucional en la forma de la tortura (injusto). Resulta un límite que no se puede traspasar, porque una sociedad decente y razonable no puede permitirse eso: el terrorista será una bestia, nosotros no.

#### ***2.1.4.2. Bienes de los que los individuos pueden ser privados sólo con su consentimiento.***

##### **2.1.4.2.1. En estructura de estado de necesidad agresivo:**

Afectaciones, de cualquier tipo o grado, de la integridad física; afectaciones no absolutas de la libertad en cualquiera de sus expresiones (de movimientos, de expresión, de credos o religión, políticas, etc.) y en porciones ya expresivas o significativas de la autonomía o de la dignidad; lo mismo para el honor personal y, por cierto, para la propiedad. Así:

**Integridad física:** bien de afectación prohibida sin que medie consentimiento de su titular, en cualquier grado (no se puede extraer un riñón, ni piel, ni sangre a quien no lo quiere; tampoco en virtud de un proceso). El sujeto es persona, “no objeto”, ni de un proceso, ni de nadie. Quizá el caso límite sea el de la extracción forzada de sangre. Se dirá: “¡pero si es sólo sangre..., y con ello se salva una vida!”. Pero el cuerpo de una persona no es un coche al que se le quita su nafta, sus bujías o sus ruedas para usar como repuesto de otro. No he leído que alguno acepte la extracción forzada de un riñón. Pero sí la de sangre. En mi opinión, los

casos de extracción forzada de sangre constituyen ya un paradigma del uso de una persona como una cosa.<sup>888</sup>

Por cierto que el consentimiento expreso del afectado elimina la objeción o la prohibición que imponen el respeto a su autonomía y a su dignidad (puedo decidir libremente donar un órgano, piel, sangre o mi pelo; o someterme a una prueba de algún modo invasiva durante el curso de un proceso).

**Libertad:** ni la libertad ambulatoria (de movimientos), ni de pensamiento, de religión, de expresión de las ideas, ni las libertades políticas, de asociación etc., pueden ser limitadas significativamente sin consentimiento del afectado. El inocente no puede ser sujeto de coacciones de cualquier tipo que sean; no puede limitarse su libertad de movimientos de un modo significativo por la razón que fuere (piquetes), salvo orden judicial o acción de la autoridad que la justifique (prisión preventiva fundada y condena por un delito; detención por la autoridad; condenas civiles, etc.).

No puede limitarse significativamente el derecho a expresar ideas, del modo que fuere. Ello, dijimos ya,<sup>889</sup> no significa que el Estado deba proveerme de un lugar o de un auditorio para hacerlo, simplemente que haga posible que me exprese y que impida que otros dificulten o impidan ese derecho.

**Honor:** es el segundo bien jurídico protegido en el Código Penal argentino, la pena por su afectación es menor (multa), pero ella no desmerece su lugar. El honor es un bien personalísimo, pero su protección o el nivel de protección que cada uno le da a su honor (subjetivo -auto-referente-, u objetivo -fama, prestigio, crédito-) está sujeto a la propia decisión.

**Propiedad:** la propiedad (o, mejor el patrimonio en en sentido más amplio) es un bien fundamental de la persona. Su privación absoluta o de una magnitud considerable afecta directamente su autonomía y su dignidad.<sup>890</sup> En situaciones de necesidad agresiva, sólo se habilitarán daños, apropiaciones o usos de bienes ajenos que no resulten significativos para el

---

<sup>888</sup> De acuerdo, y muy expresivo, Jakobs: "... No se esta exigiendo una prestación humana (como en el deber de testificar), sino una parte del cuerpo de una persona, esto último (¡la persona como provisión de medicamentos!) simboliza más intensamente la utilización de una persona como si fuera una cosa". (JAKOBS, DPPG, 13/25).

<sup>889</sup> Ver Cuarta Parte, Capítulo XI, punto 2.

<sup>890</sup> Por todos, Jakobs: "los bienes materiales no tienen por qué ceder a los bienes personales. La protección de la persona, garantizada constitucionalmente, se refleja sobre los bienes materiales; la mayor parte de los bienes materiales se deben al trabajo y a todos ofrecen posibilidades de desarrollo de la personalidad. Establecer absolutamente el carácter secundario de los bienes materiales implicaría el desprecio del trabajo y la posibilidad de desarrollar la personalidad y, por tanto, se volvería contra la propia persona." (JAKOBS, 13/25).

plan de vida de su propietario o tenedor y siempre que esas pérdidas resulten reparables o compensables (el director no podrá servirse del violín del integrante de la orquesta, sea éste o no un Stradivarius). La mujer elegante no podrá privar al mendigo de su paraguas por la fuerza, ni aunque luego lo compense... Se trata de un ataque directo a su dignidad, al respeto que se le debe como persona.<sup>891</sup>

#### **2.1.4.2.2. En estructura de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo:**

Atento a que el peligro que amenaza reconoce fuente responsable (plena o preferente) en aquel que termina siendo afectado por la respuesta salvadora (del necesitado o de su tercero auxiliador), se habilitan o permiten todas las injerencias necesarias y adecuadas para evitar o alejar el peligro, pero: i) en la medida de la necesidad; ii) del injusto del agresor o del *cuasi* agresor, y; iii) dentro de los límites de cada estructura (racionalidad en la legítima defensa y proporcionalidad en el estado de necesidad defensivo). Así, si el peligro generado en fuente responsable plena, amenaza significativamente el patrimonio del necesitado, éste puede matar, lesionar o coaccionar al responsable. Si el peligro reconoce origen en un responsable preferente (estado de necesidad defensivo), el necesitado sólo podrá lesionarlo o coaccionarlo de manera no significativa.<sup>892</sup>

Aquí se ve claramente cómo es que opera un sistema basado en la autonomía y en la responsabilidad con límites en la dignidad. El mal que el necesitado causa en situación de necesidad defensiva para salvar una parte significativa de su patrimonio, aunque sea con lesión a la integridad física o a la libertad del responsable preferente, estará justificado (lo que con el simple recurso a la ponderación de bienes o de intereses o de males, no resulta de recibo). La situación del *cuasi agresor* se debilita en razón de su puesta en peligro del otro de manera responsable. La del defensor se fortalece en virtud de la dirección, adecuada, que imprime a su respuesta. Y el límite será la dignidad. El *cuasi responsable* no pierde la

---

<sup>891</sup> Por otras razones, Jakobs: “La justificación por estado de necesidad decae también cuando una importante diferencia de valor entre bienes materiales pasa a un segundo plano ante un contenido simbólico igual en ambos. Por ejemplo en medio de un chaparrón una señora ricamente vestida no puede quitarle el paraguas a otra señora que viste ropas menos valiosas para que no se estropee su vestido, aunque sí podría quitárselo para defenderse de un perro rabioso. En este último caso, el objeto representa un arma, en el primero sin embargo, sirve sólo a la organización de la vida personal, y su importancia, según los principios jurídicamente relevantes del ordenamiento, no depende del precio de los medios.” (JAKOBS, 13/25).

<sup>892</sup> De acuerdo Jakobs, aunque no distingue entre los dos supuestos de necesidad: “Así, con arreglo al § 34 están permitidas coacciones incidentales o menoscabos de la libertad para la salvación de bienes materiales de importancia.” (JAKOBS, DPPG, 13/25).

expectativa y el derecho a “cierta protección” del orden jurídico de su esfera de autonomía, libertad y dignidad. La injerencia salvadora sobre bienes personalísimos debe ser menor.

**2.1.4.3. Bienes de los que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento, en beneficio de otro o del conjunto de la sociedad, siempre y cuando se les procure una compensación adecuada por esa privación.**

**2.1.4.3.1. En estructura de estado de necesidad agresivo:**

Afectaciones mínimas, nunca relevantes, del patrimonio personal. Afectaciones mínimas, nunca relevantes, de la libertad en cualquiera de sus expresiones.

Casos: i) “el agredido que ha arrebatado de la mano a un no interviniente un bastón, lo rompe en pedazos al dar golpes con él al agresor”.<sup>893</sup>

ii) El montañista ingresa a una cabaña para no morir congelado. Utiliza la leña y algunos víveres que allí encuentra.

**2.1.4.3.2. En estructura de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo:**

No resulta aplicable: ni el agresor ni *el cuasi* agresor reciben compensación por el mal que por su propia culpa, han recibido.

**2.1.4. Categoría extraña: bienes de los que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento y sin compensación, si se demuestra que su sacrificio es necesario y eficaz para preservar un bien mayor.**

Esta categoría resulta inaceptable en un sistema liberal. Como sostiene Nino, “para que la admisión de esta última categoría no resulte una violación directa del principio kantiano, la mencionada teoría general debería caracterizar la titularidad de los bienes que corresponden a ella como una especie de posesión precaria, de la que los individuos gozan gracias al ordenamiento social y que se reconoce sólo en tanto y en cuanto no vaya en perjuicio de la sociedad en su conjunto”.<sup>894</sup> En el sistema que aquí se presenta, basado en el principio de autonomía y de sus derivados de la responsabilidad y de la dignidad, y no en la utilidad, esta categoría no puede reconocerse.

---

<sup>893</sup> Caso de MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, IBdef, Buenos Aires, 2007, 350.

<sup>894</sup> NINO, *Los límites...*, 477.

Así:

Las categorías 1 y 2 no pueden ser objeto de justificación por estado de necesidad agresivo justificante. Sí en legítima defensa y en estado de necesidad defensivo.

La categoría 3 es la única que puede ser objeto de justificación por estado de necesidad agresivo, siempre que se den las condiciones que hagan nacer el permiso como potestad en la esfera del necesitado y el sacrificio resulte necesario y prima facie eficaz para salvar un interés sustancialmente mayor.

Sentados estos límites que el principio nuclear y sus derivados imponen respecto de los bienes o intereses que pueden ser objeto de la acción por necesidad y, por ende, a los derechos y deberes que de ellas surgen, estamos en condiciones de evaluar el segundo de los requisitos de la eximente.

## **2.2. Requisito segundo: la ponderación de males**

### **2.2.1. Funciones y alcance del requisito:**

El segundo requisito del estado de necesidad justificante, tanto en su manifestación defensiva cuanto en la agresiva, es el la *ponderación de males*. Que sea el segundo requisito ya nos dice algo simple y muy relevante: que si no existe, o si no se verifica *una situación de necesidad*, el tratamiento de esta espinosa cuestión deviene innecesario, superfluo.

Como hemos visto, la doctrina dominante considera a la ponderación de males (para otras legislaciones, de bienes o de intereses) no sólo un requisito de la eximente, sino, más bien, la razón de ser o el criterio que fundamenta a esta justificante y, para algunos, al sistema de justificación en general: la *preservación del interés preponderante*. A partir de la crítica a esa teoría y de nuestra elección por un modelo axiológico no utilitarista sino liberal clásico, que se orienta a los principios de la autonomía individual y de la dignidad de la persona humana, la ponderación de intereses o de bienes en el juicio de ponderación de males, ya no resulta lo esencial. Aunque la relación de valor entre los bienes jurídicos afectados sigue importando, pasa a un segundo o a un tercer plano, detrás de los principios que dominan este juicio: el de responsabilidad por el peligro y aquel que limita tanto a las reacciones defensivas como a las acciones agresivas: el de la dignidad de la persona humana.

Así, tal como anticipamos *la ponderación de los males* es un ámbito en el cual vuelven a operar los principios nucleares y derivados y, fundamentalmente, en espacio en el que se despliega con mayor fuerza el límite inmanente a la autonomía individual que impone el principio de la dignidad de la persona humana.

En efecto:

a) el juicio de ponderación es un momento de análisis principalísimo en el que se decidirá si el sujeto necesitado puede intentar una *salvaguarda legítima* al peligro que lo amenaza (mal) merced a la injerencia lesiva sobre un sujeto que tiene el *status* de inocente o si, por el contrario, su acción de salvaguarda debe quedar limitada a una *reacción defensiva* en forma de legítima defensa (contra el responsable pleno por el peligro) o de estado de necesidad defensivo ) contra el responsable preferente por el peligro) con los límites, distintos, que cada estructura impone.<sup>895</sup> Asimismo:

b) el juicio de ponderación será el campo de pruebas principal de verificación del ejercicio armónico tanto del ejercicio de los *derechos* como del cumplimiento de los correlativos *deberes* que cada una de las situaciones de necesidad que el sistema liberal reconoce e impone respectivamente, y de la constatación de que se lo hace en su justa medida (*coordinación axiológica y deontológica justa para cada caso en concreto*).

### **2.2.2. Criterios y método del juicio de ponderación para la doctrina en general:**

La doctrina ha prestado especial interés a esta cuestión y, también, fracasado notablemente, una y otra vez. Núñez, por ejemplo, advierte de entrada que no es cuestión simple decidir cuándo el mal evitado es mayor que el inferido. Propone partir de la base de que la valoración de los bienes es objetiva (lo decisivo no es el valor que el autor le atribuye al bien, sino el que le asigna el Derecho).<sup>896</sup> La cuestión aparenta ser más sencilla, explica, cuando los bienes son *de la misma especie* (para salvar muchos animales se sacrifica uno; para salvar el barco se arrojan muebles de pequeño o menor valor), pero puede que los objetos particulares estén

---

<sup>895</sup> En *Estado de necesidad...*, 165 es sólo un *criterio operativo* aunque, en su caso, “para encontrar un equilibrio armónico entre los principios de autonomía y de solidaridad general intersubjetiva” que son los que orientan su propuesta conforme el modelo de *Estado social* del que parte inspirado en su Constitución. Dice Mir Puig: “No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte General del Derecho penal”... “Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social esto es, que tome partido efectivo en la vida social al servicio de todos los ciudadanos.” (MIR PUIG, *Función de la pena...*, 17 y 22).

<sup>896</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 322, con cita de MEZGER, *Tratado...*, I, 445 y 446.

asociados en su subsistencia o incolumidad a la conservación de otros bienes y que el Derecho tenga interés en la conservación del bien que no merecería preferencia desde el punto de vista de una valoración puramente individual.<sup>897</sup> Y la cosa se complica, sobremanera, si los bienes en conflicto *no son de la misma especie*. Carrara, con cita de Carmignani, reduce el criterio de la gravedad del mal a su *irreparabilidad*. Pero *parece imposible no caer en el subjetivismo...*, el primer y superior criterio de valuación está dado por la mayor estima que el individuo tiene por sus propios bienes frente a los ajenos.<sup>898</sup> Donna dice: “... para poder medir los intereses en conflicto lo justo es recurrir a la parte especial del Código Penal. Allí el legislador ha decidido cual bien jurídico es más valioso. Son entonces las conminaciones penales más las concepciones éticas de un momento dado, también aceptadas en la Constitución Nacional, las que dan el patrón de medida que sirve para realizar la ponderación de los intereses en conflicto. Con lo cual los bienes estrictamente personales (vida, libertad, honestidad) tienen preponderancia sobre los patrimoniales. Es necesario tener en cuenta también la forma y la gravedad de la lesión, su separabilidad e irreparabilidad.”<sup>899</sup>

ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, resumen bien aquellos criterios generales que la doctrina y la jurisprudencia utilizan generalmente para la ponderación de los males: a) la jerarquía abstracta del bien jurídico; b) la intensidad concreta de la afectación, sea por lesión o por peligro, c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar y; d) la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.<sup>900</sup>

Todos encaran el problema partiendo de la teoría del interés preponderante.<sup>901</sup> Lo fundamental entonces, será el peso que el legislador les haya asignado a cada uno de los bienes. Y a ella se le suman otros criterios adicionales que no permiten superar ese estrecho y muy insatisfactorio marco de referencia. Ya con él se presentan problemas evidentes. Por

---

<sup>897</sup> NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 322.

<sup>898</sup> Es que “... en un sistema liberal, no es posible someter al individuo a la tiranía de un criterio de carácter totalmente objetivo que lo obligue a posponer incluso la propia preservación en holocausto de otro individuo, del mayor número o del Gobierno. Semejante renunciamento puede obedecer a una idea moral susceptible de merecer aprobación ética para quien la practique o la desaprobación para quien exija su observancia, pero no constituye un criterio justo en la esfera de las relaciones jurídicas de los hombres, en la cual no rige el punto de vista del santo o del héroe, sino el del orden fundado en la idea de la máxima preservación de los *bienes* de la persona”. (NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 322 y 323). Cámbiese, en la última oración, la palabra “bienes” por “autonomía y dignidad”, y estaremos del mismo lado.

<sup>899</sup> DONNA, “*Teoría del delito y de la pena...*”, 165.

<sup>900</sup> ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Manual...*, 498.

<sup>901</sup> Explicito Donna “el estado de necesidad trabaja con la idea del interés preponderante. Tanto se puede trabajar con bienes como con intereses.... Esta ponderación de intereses que lleva a la destrucción de uno para salvar a otro, sólo se da en el caso de una situación de necesidad que exceda el riesgo normal.” (DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 164).

ejemplo, las penas en abstracto que el legislador ha elegido para cada delito previsto en la Parte Especial, no siempre se compadecen con el valor que se le asigna al bien (i.e. delitos contra el honor, reprimidos con pena de multa).<sup>902</sup> Y, además, por ejemplo, no siempre la integridad física será un bien intocable en relación con la propiedad (puede ser que se permita la injerencia defensiva a través de un simple magullón o, como vimos, bastante más, en el cuerpo del responsable preferente por el peligro para salvar una parte sustancial del patrimonio del necesitado). Lo mismo con la libertad.<sup>903</sup> En los casos de necesidad agresiva, hemos rechazado esas posibilidades, salvo consentimiento del inocente.

También hemos visto dónde nos lleva la teoría del interés preponderante con la propuesta de Wilenmann.<sup>904</sup>

Por mi parte, considero que la forma de poner fin a tanta inseguridad es volver a los principios que inspiran a los liberales. Así, tendremos límites a la injerencia lesiva en el ámbito de otros sujetos ya fijados de antemano en virtud de la responsabilidad por el peligro y por el principio de dignidad. En su caso, la diferencia de males en los casos de necesidad agresiva debe ser y parecer sustancial. En estado de necesidad defensivo justificante, el mal que se causa puede ser apenas menor que el que se evita y, lo cierto es que si tenemos en consideración los dos elementos que propuse y considero insoslayables para integrar el juicio de ponderación de males (vínculo con el peligro y decisión del necesitado sobre cómo gestionarlo), se advierte, sin dificultad, que a pesar de que los bienes o intereses sean iguales o hasta el salvado algo menor que el sacrificado, el autor cumple con la exigencia comparativa de la ley. Veamos cómo llegamos a eso.

### **2.2.3. Bases para una nueva propuesta.**

#### **2.2.3.1. Dos circunstancias que no pueden estar ausentes en el juicio de ponderación.**

---

<sup>902</sup> También otros, como señala Jakobs: “Así, el reducido marco penal del allanamiento de morada o de las injurias, no se corresponde con la importancia de los bienes inviolabilidad de la morada y el honor. Es más, no todos los bienes susceptibles de salvaguarda en estado de necesidad están protegidos jurídico penalmente.” (JAKOBS, DPPG, 13/20).

<sup>903</sup> “Una afectación insignificante de la libertad personal podría estar justificada si con ello se impide, por ejemplo, una afectación patrimonial muy elevada” (GARCÍA CAVERO, DPPG, 639 y ROXIN, DPPG, 16, nm. 28; JAKOBS, DPPG, 13/26). Sin aclarar ninguno de los tres, si se refieren a necesidad defensiva o agresiva.

<sup>904</sup> Véase *supra*, Presentación, III, punto 5.c.



En un sistema basado en los principios de la autonomía individual y de la dignidad de la persona humana, hay dos circunstancias que deben integrar, necesariamente, el juicio de ponderación de males y que son, por lo general, muy despreciadas.

- a) ***La del vínculo de los protagonista con el peligro que amenaza y con el conflicto.***  
El de los *responsables* por el peligro que amenaza (plenos o preferentes), cuando el mal reconoce fuente humana. El del *necesitado* en forma de competencia mínima por el peligro (*casus*) y plena por el conflicto (responsabilidad por la decisión de plantearlo y de hacerlo como defensivo o como agresivo). Y el del *inocente*, absoluto irresponsable e incompetente tanto por el peligro que amenaza cuando por la situación de necesidad.
- b) ***La decisión del necesitado sobre cómo gestionar ese conflicto:*** si lo hace en forma defensiva o agresiva.

Ambas (y a veces cada una de ellas por separado) tienen un peso específico suficientemente grande como para definir el juicio de ponderación en uno o en otro sentido.

Y tienen la gran ventaja de ser mucho más claras, más evidentes, menos arbitrarias que todos y cada uno de los criterios que normalmente se utilizan. La creación responsable de un peligro que quiebra el principio de separación de esferas de libertad e infracciona el deber principal de no injerencia lesiva en la esfera ajena es ya una muy buena razón para que en caso de identidad (*cuali* y cuantitativa) de bienes en colisión o hasta de un mayor valor o peso del interés sacrificado que el del salvado, pueda admitirse la justificación por necesidad. En efecto, no sólo se admite causar la muerte de uno que me agrede para matarme (supuesto de legítima defensa), sino que también puedo matar a otro que “no me agrede” pero que realiza una conducta portadora de un peligro significativo para mi vida sin que su fin sea directamente matarme (el sujeto arma una bomba cerca mío a pesar de mis advertencias y me encierra para que no puede huir y avisar a otros; supuesto, límite, de estado de necesidad defensivo).<sup>905</sup>

Si el perro del vecino agrede al mío, puedo sacrificarlo aunque no necesariamente el mal que se anuncia sea la muerte de mi perro... (estado de necesidad defensivo).

---

<sup>905</sup> Las mismas dificultades que enfrentamos los penalistas para distinguir dolo eventual de culpa con representación están presentes aquí. Sencillamente no lo sabemos todavía con claridad...

Si el patrón de la estancia, ha advertido varias veces a su vecino de que la próxima vez que sus perros se coman a sus ovejas los liquidará, estará justificado cuando concreta la advertencia (estado de necesidad defensivo).<sup>906</sup>

La puesta en peligro responsable de otro, ya lo dijimos, además de disminuir las barreras de protección de la esfera del responsable pleno o preferente, suponen un *plus de iniuria* que permite superar los límites que normalmente se colocan con la mera estimación comparativa de los bienes.

Del lado del necesitado (amenazado por el peligro), su decisión de emprender su salvamento en forma defensiva antes que agresiva, contiene ahora un *plus positivo (de valor)* que debe ser reconocido (y de algún modo alentado) merced a un mayor poder ofensivo (caso ... Miguel que roba su madre y concubino que no alimenta a sus hijos). Del mismo modo, la posibilidad que descarta (esta es la de afectar a un inocente), también agrega indudable valor a la decisión (mantenimiento de la paz social, menor aseguramiento del *statu quo ante*).

### **2.2.3.2. Propuesta:**

*What's done is done*<sup>907</sup>

Conforme hemos examinado, en un sistema liberal las situaciones de necesidad regulares y principales son las de legítima defensa y la del estado de necesidad defensivo. El estado de necesidad agresivo justificante resulta una institución irregular y extraña y, por lo tanto, sólo puede ser reconocida (si lo es) como excepcional, subsidiaria y mínima.<sup>908</sup>

También sabemos ya que, antes de iniciar la tarea de ponderar males, el necesitado (y un tercer observador cualquiera colocado *ex ante* – v.gr. el tercero auxiliador en situaciones defensivas - o *ex post* – el juez) encuentran un contexto de situación de necesidad *ya configurado* como de uno u otro tipo (legítima defensa ó estado de necesidad defensivo),

---

<sup>906</sup> Caso real introducido por mi amigo y vecino Juan en el asado familiar que compartimos hoy, alambrado de por medio, por la estricta cuarentena decretada por el virus Covid 19.. Él es el propietario de los perros. El vecino lo había advertido ya, de buen modo pero firme, y no aceptó la compensación que Juan le ofreció por las ovejas ya perdidas. De su parte, Juan construyó un canil para los perros, para tenerlos controlados cuando los peones no los tuvieran con ellos. Pero los perros cavarón en la tierra y escaparon. Juan me dice que no tiene reproches contra el vecino y que entiende sus razones.

<sup>907</sup> “Lo hecho, hecho está”, SHAKESPEARE, Macbeth, III, ii. 12.

<sup>908</sup> Diferente, como hemos visto partiendo desde una concepción liberal (autonomía) y social (solidaridad) Baldó, *Estado de necesidad...*, 176: las reglas del 8.7 CPE (estado de necesidad) otorgan al *tercero necesitado* una *facultad de salvaguarda propia*, en estado de necesidad agresivo, *frente a todo sujeto con status de tercero solidario... con fundamento en el principio de la solidaridad general intersubjetiva*”.

porque la naturaleza ya se ha manifestado (peligro que proviene de fuente natural), o porque alguien ha actuado y colocado en peligro a otro (*principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador*) (peligro que reconoce fuente humana responsable).

Se trate de unos supuestos o de los otros, ya un hecho exterior, objetivo (perceptible) se ha constatado, *ha operado y, con ello, fijado y “ordenado primariamente”* (Baldó, así lo dejó dicho) la situación de necesidad como perteneciente a uno u a otro tipo. *Esa ordenación primaria*, como oportunamente analizamos, depende *del vínculo* de cada uno de los protagonistas iniciales tiene *con el peligro*: bien en forma de responsabilidad (plena o preferente) si deriva de fuente humana o bien en forma de *competencia mínima por el peligro y de competencia plena por la situación* de necesidad del *necesitado*. Y ya incorpora al hecho circunstancias que tendrán un peso específico (fuerte, a veces decisivo) en el juicio de ponderación de males.

Si de lo que se trata es de un ataque doloso (de una *agresión*), tenemos a un *responsable pleno* por el peligro que, con su acción, *expresa* (comunica) lo que pretende: la lesión antijurídica de otro, su injerencia en la esfera de libertad ajena en forma de una lesión dirigida por su dolo, si es que alcanza el éxito que con su ataque persigue. También, *expresa o comunica* que con esa máxima infracción a su deber negativo, ha levantado voluntariamente su propia barrera de protección exponiéndose a una respuesta de la máxima intensidad (del orden jurídico, del agredido o de un tercero que lo auxilie). Frente a ese mensaje, ni la ley, ni el necesitado, ni ningún tercero, están pensando en otra cosa que en frustrar el designio del atacante merced a una respuesta contundente (pero racional) del atacado que resulta ser, por lo general, quien está en mejor situación de hacerlo (porque la acción lesiva lo tiene como destinatario). El orden jurídico reconoce y concede al necesitado un *derecho como pretensión* (un derecho fuerte) para responder con la máxima intensidad sólo limitada por la necesidad racional al ataque del que es objeto. Y le impone al agresor (responsable pleno por el peligro) el máximo deber de tolerancia. De esa manera, la libertad amenazada se salva, el orden se restablece y el Derecho se afirma (o, a lo menos, esa resulta ser la pretensión).

Lo mismo puede decirse cuando un sujeto con una acción a lo menos imputable objetivamente a su esfera, pone en peligro a otro. La expectativa del Derecho, y también la individual y la social será, igualmente, la frustración de la conducta irregular mediante una respuesta contra el responsable preferente por el peligro, la incolumidad de la esfera de libertad amenazada y la afirmación del orden. Sólo *la intensidad* de la respuesta que se admite

y que se espera será distinta porque, como dijimos, la *responsabilidad* del sujeto que origina el peligro es distinta. Así, el orden jurídico reconoce al necesitado un derecho como privilegio o como libertad, para que, si así lo decide, tenga la opción de reaccionar contra la fuente responsable preferente del peligro. Y a éste, le impone un deber medio de tolerancia o de sacrificio (un deber como “no derecho de reacción o de defensa) mediado por su dignidad y limitado por la necesidad y ahora por la ponderación de males (mal que deberá ser, aunque sea mínimamente -algo-, menor que el que se evita).

Por lo tanto, el agresor o el cuasi agresor (responsables pleno o preferente por el peligro) *empiezan perdiendo el partido* del juicio de ponderación de males. Sólo una infracción al deber, ahora de parte del necesitado o del tercero auxiliador (exceso en la defensa, superación de los límites que impone la racionalidad, la necesidad, en fin, también la dignidad) podrían alterar o revertir esa balanza que, en principio y desde el principio, favorece al sujeto necesitado. El responsable por el peligro ya contabiliza en su cuenta –como factor negativo- la injerencia culpable, el necesitado o su salvador, el plus –positivo- de la respuesta contra quien, en principio, se debe responder, salvando los intereses amenazados y restableciendo el orden cuestionado. Y también contabiliza el necesitado en su cuenta, como circunstancia positiva, la no afectación de la esfera de un inocente (respeto al principio de separación de esferas de autonomía y menor alteración de la paz social).

Finalmente, y *respecto de los límites, conocemos que ellos existen y son distintos para cada una de las situaciones de necesidad*. Más laxos en los casos de necesidad defensiva y mucho más estrictos en los de necesidad agresiva. En los segundos, esos *límites tanto cuali como cuantitativos* que impone un sistema orientado a la autonomía individual y a la dignidad, condiciona el juicio de ponderación y estrecha considerablemente su espacio de juego. Si el necesitado acciona contra un inocente no podrá atentar contra su vida, contra su integridad física ni contra ámbitos relevantes de su libertad o de su patrimonio. Ya el mal que se causa en esos casos nunca puede ser admitido ni será menor que el mal que se evita. La acción de salvaguarda entonces no será legítima (injusto).

En cambio, si el necesitado reacciona contra la fuente de peligro, su ámbito de acción es mucho más amplio. El mal que causa todavía será menor aunque los bienes o intereses en

juego sean similares o del mismo tipo, y aún cuando el que se afecta, lesiona o pierde merced a la acción defensiva, resulte “algo mayor”. Es que, como vimos, en contra del responsable juega la creación del peligro. Y a favor del necesitado, la resolución del conflicto con respuesta hacia la fuente que lo originó sin afectación típica del tercero inocente.

Así, en una situación de necesidad que reconoce fuente responsable por el peligro *todos* saben o están bien advertidos de qué les tocará. A unos, los responsables por el peligro, *el deber de sufrir las consecuencias* que su infracción del principio liminar del *nemimen laedere* acarrea. *Al amenazado por el peligro*, la tarea de la defensa de su propia esfera y, de paso, del orden cuestionado (derecho de salvaguarda mediante la injerencia en la esfera de autonomía del responsable). Nada hace previsible ni deseable (y tampoco en general necesaria), la introducción en la escena de un tercero inocente “como víctima”, ni del responsable por el peligro ni del necesitado. Sí, en todo caso, como auxiliador del sujeto en peligro.

Así entonces:

a. La regla del 34.6. CPA (legítima defensa), otorga al sujeto agredido un derecho de salvaguarda en estructura de legítima defensa. Un *derecho como pretensión* bien fuerte de respuesta (*claim right*) frente a la agresión dolosa de otro. Este derecho fuerte, permite al necesitado o a su auxiliador injerirse con la máxima intensidad en la esfera de libertad del agresor, que merced a su conducta responsable portadora del máximo disvalor, ha aceptado (ha consentido, ha querido) exponerse a esa máxima respuesta. Y, a la vez, obliga al responsable pleno a soportar la lesión (deber de sacrificio máximo). Como la situación de necesidad ya ha sido configurada por exclusiva responsabilidad del responsable pleno, la única limitación de la defensa será la de la necesidad racional.

b. La regla del artículo 34.3 del CPA (estado de necesidad justificante) otorga al necesitado un derecho de salvaguarda en *estado de necesidad defensivo*. Un *derecho como privilegio o como libertad* (derecho medio) si decide encarar la defensa contra todo aquel *responsable preferente* por el peligro. Este *derecho de salvaguarda como privilegio o como libertad* sólo permite al necesitado una injerencia típicamente relevante en la esfera de libertad del sujeto responsable preferente, con la extensión del baremo del art. 34.3 “*mal menor por mal mayor*” (aún mínimamente menor). Del otro lado, el responsable preferente no

tendrá derecho a la defensa si es que el necesitado decide su salvaguarda a expensas suyo. Tendrá un *deber de tolerancia* mediado por el límite de la dignidad de la persona humana, en tanto su infracción al deber negativo (de no injerencia) es media, la respuesta que se autoriza y que él mismo habilita en su propia esfera de autonomía, es media. Y en ello consiste el principio de proporcionalidad al que obliga la cláusula del 34.3 del CPA. Como la situación de necesidad ya ha sido configurada por el *responsable preferente*, el mal que se causa será menor aún cuando los bienes o intereses del responsable que se afectan sean mayores respecto de los que se salvan.

Veamos un ejemplo con variantes que exhiben responsabilidad por el peligro y otras que no:

***Caso 12: “Necesito tu manuscrito”.***

*Juan, para salvar el manuscrito de un sabio en el que éste ha trabajado más de veinte años, a) lesiona levemente a un tercero que lo puso dolosamente en peligro de destrucción; b) a) lesiona levemente a un tercero que lo puso imprudentemente en peligro de destrucción; c) lesiona levemente a un tercero inocente; d) tiene que privar a un inocente de su libertad por 1 hora; e) tiene que lesionar severamente la propiedad de un inocente.<sup>909</sup>*

Las variantes a y b exhiben responsabilidad por el peligro (plena el primero y preferente el segundo). El bien que se afecta (integridad física) del responsable es mayor que el que se salva. Pero el mal que se causa (si incorporamos al juicio la responsabilidad por el peligro de un lado, y la dirección de la respuesta (como reacción) del necesitado por el otro, permiten todavía justificar su acción. En cambio, el consentimiento a la respuesta que el responsable por el peligro expresa, encuentra límites en la conducta defensiva del necesitado. No podrá matarlo, ni lesionarlo gravemente porque ello, además de exceder los límites para cada una de las justificantes (racionalidad en el primero, proporcionalidad en el segundo) afectaría su dignidad de persona.

---

<sup>909</sup> Ejemplo de LERMAN, “Problemas relativos a la regulación legal del estado de necesidad exculpante”..., 278, con modificaciones y agregados. Lerman sería favorable al reconocimiento de la excusa en estos casos. También en otras variantes en las cuales lo que está en peligro es una obra de arte, una querida mascota o una suma muy importante de dinero que suponen, por ejemplo, la totalidad del patrimonio.

En cambio, las variantes c, d y e, tienen a un inocente como víctima de la acción de salvaguarda emprendida por el necesitado. Y se trata de bienes de los que el necesitado no puede disponer sin consentimiento de su titular. Su acción no estará justificada en ninguno de los casos, salvo que se obtenga el consentimiento del inocente.

Ese criterio inicial de la responsabilidad por el peligro (derivado de la autonomía) y que se carga a la cuenta del responsable por él disminuyendo su protección, se complementa con la decisión libre del necesitado de responder en forma defensiva (reacción) hacia la fuente del peligro sin involucrar a inocentes en la situación de necesidad que él mismo ha propuesto, lo que, a la vez, aumenta su derecho de defensa. Todo ello encuentra su fundamento en el *principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador*, en el *principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros (casus)*, y en la *pretensión y legítima expectativa del mantenimiento de la paz social (statu quo ante)*.

c. Por último, la misma regla del artículo 34.3 del CPA (estado de necesidad justificante) otorga al necesitado un *derecho subsidiario, excepcional y mínimo de salvaguarda en estado de necesidad agresivo*. Un *derecho como potestad o como facultad* (derecho mínimo) si es que decide encarar el escape del peligro que lo amenaza mediante *el uso de un inocente* (es decir de un absoluto extraño, irresponsable e incompetente tanto por el peligro que amenaza cuanto por la situación de necesidad). Este *derecho de salvaguarda como potestad o como facultad* permite al necesitado, sólo excepcional y subsidiariamente, una injerencia típicamente relevante -pero mínima- en la esfera de libertad del inocente con la extensión del baremo del art. 34.3 *mal que se evita esencialmente menor al mal que se causa*. La situación de necesidad ha quedado *reconfigurada* –ahora- a partir de su propia decisión. Y en su calidad de extraño al peligro pero de *competente pleno por la situación de necesidad*, el necesitado reviste una condición jurídica distinta a la del inocente que lo obliga, en principio, o a derivar ese mal hacia la esfera del responsable (si existe o resulta reconocible) o a soportarlo en tanto *dominus del casus*. La violación a ese deber y la condición de inocente del “elegido” obligan a una interpretación del baremo de medición del 34.3. CPA en los términos indicados.

Por ejemplo: el montañista podrá forzar la entrada a la cabaña para protegerse del frío y evitar morir congelado. Pero deberá reponer en cuanto le sea posible las cosas al estado anterior; el sujeto que, para defenderse del ataque contra su vida del agresor, arrebatara el bastón de un inocente y lo rompe en su defensa, deberá reemplazarlo. Si la limitación a la libertad ambulatoria es mínima y forma parte de los riesgos comunes de la vida (carro de bomberos que obstruye la calle por un incendio) deberá tolerarse. Si el padre, obligado a salvar a su hijo que se ahoga, tiene que apoderarse de un pequeño bote, estará justificado.<sup>910</sup> Ciertamente es que se trata de una situación de necesidad por colisión de deberes: uno de actuar (en posición de garante) y otro de omitir (evitar el daño a un tercero). Pero en la base, la situación de necesidad no puede ser resuelta en el caso de forma defensiva y tampoco resulta posible exigir ni que el necesitado ni su auxiliador se sometan a las reglas del *casus*. Por otra parte, la lesión al patrimonio del afectado por la acción de salvamento es mínima o insustancial (el uso de su bote por un breve lapso).<sup>911</sup>

El *principio del casus* que atribuye *competencia* al necesitado por la situación de necesidad (derivado de la autonomía) y la infracción al deber de orientar su respuesta a la fuente del peligro o de soportarlo como *preferente* a hacerlo, se *carga a la cuenta del necesitado* disminuyendo su facultad de salvaguarda, y aumenta la protección del inocente. Todo ello encuentra su fundamento en el *principio de autodefinition de intereses propios* (infracción responsable del competente del mandato de separación de esferas de organización), en el *principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador que crea riesgos a terceros* (el inocente), en la infracción al *principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros (casus)* y, finalmente, también en la *infracción de la expectativa de mantenimiento de la paz social (statu quo ante)*.

---

<sup>910</sup> COCA VILA, “Conflicting duties in criminal law...”, 38.

<sup>911</sup> Coca Vila construye su teoría para resolver colisiones de deberes (que redefine como *colisiones entre razones de obligación*) sobre la base de dos planos: uno horizontal y el otro vertical. *El plano horizontal* (se refiere a las relaciones entre los involucrados en la situación o amenazados por el peligro) es donde se analizará si alguno tiene un derecho preponderante sobre el otro (porque ese otro es responsable, por ejemplo, del peligro que los amenaza). Ello lleva a reconocer, como aquí también se pretende, una relación de prelación (los más responsables, o más vinculados con el peligro merecen menos que los menos vinculados a él: p. ej.: si el conductor ebrio ha insistido en conducir a un pasajero y se accidenta, el pasajero tendrá prioridad en el salvamento del bombero o del médico que los asista en el lugar). El segundo plano, *el plano vertical* se refiere a la relación del tercero vinculado por un deber (i.e. padre que debe salvar a su hijo o al otro niño que se ahoga). Esta relación se regirá por los especiales deberes que el auxiliador tenga con los necesitados de la acción de salvaguarda y es también una relación de prelación. El primer lugar lo ocupa la obligación de atender los deberes institucionales fuertes (padre con su hijo, posición de garante) sin posibilidad de reclamo alguno de terceros (la madre del chico que no es asistido, no puede dispararle al padre que intenta salvar a su propio hijo en legítima defensa de tercero – de su hijo en peligro- (COCA VILA, “Conflicting duties...”, 68).



A la vez, *el inocente* tendrá un *deber mínimo de soportar* esa injerencia (deber mínimo de tolerancia) y *siempre mediado por el límite de la autonomía individual y de la dignidad de la persona humana*, en términos de *no injerencia significativa o mínimamente relevante* en ellas. Si el necesitado no respeta alguna de las condiciones que convierten su *no derecho fuerte* (*nemimen laedere*) en un *derecho mínimo* (i.e. no le consulta antes de actuar si la prestación que se demanda puede entregarse voluntariamente; no respeta una diferencia sustancial entre los dos males; o afecta de manera mínimamente relevante la autonomía o la dignidad del inocente) el permiso en la forma de derecho como potestad o como facultad no existirá,<sup>912</sup> y el inocente tendrá habilitada su defensa en los términos del *estado de necesidad defensivo*.

En ello consiste, en la interpretación que aquí se ofrece orientada por una axiología liberal, el principio de proporcionalidad al que obliga la cláusula del 34.3 del CPA.

Por cierto que la comparación de los bienes o intereses en juego (merced a la constatación de su valoración abstracta por el legislador en la previsión penal) puede ser también uno de los criterios, pero pasa a ser muy secundario. Lo mismo la intensidad del peligro que amenaza y su comparación con el que se causa y los demás que siempre se han utilizado para ponderar males pero siempre sobre la base del peso de los bienes o de los intereses en juego, que aquí no tiene especial importancia.

#### **2.2.4. Excurso. Diálogo con Ticio: “Sobre el *talante* o la actitud del Derecho”.**

T: Hola Alejandro. Ya he leído dos veces en tu trabajo (recién y hace mucho<sup>913</sup>), esta idea de que tanto el Derecho como los protagonistas en una situación de necesidad “expresan sentido” con lo que hacen. Entiendo que sí, que tanto el Derecho -a partir de sus enunciados normativos- como las personas cuando actúan, *expresan, comunican...* Y estoy bien de acuerdo con ello. Lo que no me parece claro es que expresen lo que tú dices... precisamente. Puede que al Derecho y a la gente “les importe bien poco o absolutamente nada” lo que a uno u al otro les pasa, o que les de “absolutamente igual”, porque los bienes en juego son iguales, por ejemplo.

<sup>912</sup> No es que decaiga, o desaparezca, sencillamente, nunca existió. La relación de alteridad que regía hasta entonces en forma de deber fuerte de separación de esferas organizativas autónomas, no pudo ser transformada en un derecho mínimo del necesitado (en un derecho como potestad o como facultad). Nunca dejó de ser deber de no injerencia... porque el necesitado no alcanzó a reunir las condiciones mínimas que le permitieran transformar deber máximo en derecho mínimo.

<sup>913</sup> Ver *supra*, Tercera Parte, Capítulo V, punto 2, nota 313.

A: ¡Hola Ticio! Qué bueno verte y qué bien me viene tu observación para que me ayudes a pensar... Es un tema muy discutido por cierto, este del *talante del Derecho*... por llamarlo así. Mir nos dice que el Derecho *no desea* evitar el hecho justificado.<sup>914</sup> Silva, que suelen distinguirse en la doctrina, causas de justificación que suponen una mera *declaración de indiferencia* de parte del Derecho y, otras, que merecen su *decidida aprobación*. Paradigma de lo primero, el estado de necesidad entre bienes (o males) iguales (de los que habla su ley, y de cuya real existencia dudo). De lo segundo, la legítima defensa y el cumplimiento de un deber.<sup>915</sup> Y la cuestión, más amplia, sobre espacios libres de Derecho, zonas en las que éste no manifiesta ninguna preferencia (porque no quiere o porque no puede –no tiene nada sensato para decir-), es bien antigua.

T. Ya te decía... ¿y a ti qué te parece?

A. En lo que me interesa aquí, es decir respecto de las causas de justificación, puedo decirte que no estoy muy seguro de que existan algo así como situaciones de necesidad con males (o bienes) iguales, ni de que el Derecho permanezca, en algún caso, indiferente frente a alguna cuestión. Otras cosas me parecen más claras...

T. Bueno, pero tienes que decirme por qué. Los contradictores no son “pesos livianos, ni medianos”, por cierto...

A. Claro que no... Respecto de lo primero (bienes o males iguales), si lo que colisionan en un caso son bienes de similar calidad y cantidad (una vaca de la raza Holando Argentino de A, por una vaca de la raza Holando Argentino de B), no es sencillo ya predicar que los intereses sean similares (se trata de “la vaca de A en la situación X” y “de la vaca de B en la situación Y”). Y no hablo sólo del valor económico (la de A es la campeona lechera en La Exposición Rural: \$ 1 millón, y la de B, una vaca ordinaria, \$ 2.000); o de su edad (una tiene 2 años, la otra, 12); o de lo que para cada uno de sus titulares significa “esa vaca” (para A sólo una más de las 10.000 que integran su rodeo; para B, su tesoro máspreciado que, además, alimenta a la familia carenciada). Respecto de lo segundo, no creo que pueda predicarse algo así como una actitud indiferente del Derecho (que en rigor, expresaría o vendría a expresar, una actitud similar de las personas a las que sirve). Cuando una norma permisiva habilita una conducta, concede o reconoce un derecho para uno e impone un deber para otro. Así, aprueba la acción de A y niega a B cualquier manifestación con pretensión de validez jurídica distinta a la aceptación o a la tolerancia de aquello que se le impone.

T. Y qué es lo que decías que “sí te parece claro”.

A. Lo que sí me parece claro, es que el nivel de *entusiasmo*, talante o interés -si puedo llamarlos así-, que puede predicarse tanto de parte del Derecho como de la sociedad en el ejercicio de la acción necesaria, no son iguales en cada una de las situaciones de necesidad. Ello se verifica en el

<sup>914</sup> MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito...*, 90.

<sup>915</sup> Ver SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad...”, 674; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, 113 y ss. y GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de necesidad...”, 119.

grado de derecho (máximo, medio, mínimo) que se concede y de su correlato: un deber (máximo, medio, mínimo), que se impone. Así, no parece posible predicar la misma actitud del Derecho cuando hablamos de los extremos, esto es del derecho de defensa y del deber de tolerancia en situaciones de legítima defensa, que del derecho de necesidad y del deber de tolerancia en situaciones de estado de necesidad agresivo. Tampoco cuando nos referimos a los deberes negativos (y a su paradigma, el *alterum non laedere*) y a los positivos generales (con sus paradigmas, el deber de socorro o de auxilio y el de tolerar o soportar). Sí creo que el Derecho manifiesta, al conceder o reconocer *derechos fuertes*, una aprobación máxima (¡y entusiasta!) por la acción que así se reconoce (probablemente como forma de disimular su fracaso como responsable principal por el mantenimiento de la paz y su “deseo” –fuerte- de que ese *defecto* sea salvado por el necesitado, o por otro). Se coloca (y con ello todos nosotros), en la primera fila, alentándonos al éxito que con fervor nos augura porque con ello se juega, un poco también, su propia imagen y su propia subsistencia. Si el Derecho pudiera transformarse en persona, lo haría en una bien fuerte y saltaría a nuestro lado, decidido, o se pondría delante nuestro en la defensa del interés individual y de la paz social cuestionados. Eso es lo que ocurre, según creo, en la legítima defensa.

T. ¿Y en los demás casos?

A. Si lo que tenemos en la escena es una situación de estado de necesidad defensivo, el Derecho aparece más precavido, más cauto. Está claramente de nuestro lado, porque del otro lo que existe es un sujeto que, con su acción a lo menos imputable a su esfera, ha puesto a otro en peligro y ha cuestionado el orden. Pero observa expectante, antes de “saltar al ruedo”. Como la contradicción normativa del responsable preferente por el peligro no es máxima sino media, su interés (el del Derecho) por el mantenimiento de la paz y, sobre todo, por el restablecimiento del orden, no es tan entusiasta ni tan intensa. *Verá que hago yo, qué es lo que decido*. Por cierto que no intervendrá de entrada. El necesitado podrá aceptar el mal que se anuncia como una expresión de su propia libertad, o ejercer un derecho medio (como privilegio o como libertad) de reaccionar con prudencia, de manera proporcional y razonable. Si alguno se introduce en la escena para ayudarme en la emergencia (por cierto que pueden ser las vías institucionales –policía- o cualquiera –tercero auxiliador-), será bienvenido, pero dentro de los mismos términos. Derecho medio, derecho como privilegio o como libertad.

T. ¿Y en el agresivo?

A. Si el necesitado amenazado por el mal *empieza a mirar con interés y entusiasmo hacia los costados*, en lugar de hacerse cargo él mismo o de hacer cargo a aquel primariamente obligado a soportar las consecuencias que derivan del principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador que crea riesgos para terceros, yo creo que el Derecho asume una actitud de *alerta*. No está para nada interesado en que el conflicto que hasta entonces involucra a dos personas, se extienda. Y, mucho menos, puede aceptar que se extienda ¡hacia inocentes! La razón es que sus dos funciones

principales son: mantener la separación entre esferas de libertad y mantener la paz. En lo primero, ya ha fracasado (no ha podido prevenir ni ataques ni puestas en peligro que violan el principal deber, el de no injerencia). Respecto de lo segundo, no habrá “más paz” ni más orden cuando en lugar de dos involucrados, tenemos a tres. Y cuando el tercero, además, resulta ser un absoluto inocente.... No existe otra razón para que el necesitado “abra el conflicto que a él le tocó hacia un inocente” más que exista un compromiso, muy serio, de su autonomía o de su dignidad ante la ineficacia que augura a su propia defensa. Es una situación de emergencia que él mismo no está en condiciones de salvar o de resolver sólo, y en la que le queda, como último y único recurso, la afectación muy limitada de un tercero inocente.

*T. Ah... ¿y a dónde crees que llegas con todo esto?*

A. Tartamudeo... (¿acaso no lo ve... o me está probando...?) A que, como espero que adviertas, la cuestión sobre “el talante” o la actitud del Derecho no depende tanto del valor de los bienes o de intereses en juego y sí, básicamente, de dos cuestiones: Primero, de la responsabilidad por el peligro inicial, o de la competencia del necesitado en tanto *dominus del casus* por ese peligro y; segundo: del alcance de los derechos y de los deberes que se reconocen a unos y se imponen a otros, en cada una de las situaciones de necesidad.

*T. Bueno, todo eso ya te lo he leído... ¿Y te parece que eso tiene importancia justa aquí, a la hora de ponderar los bienes?*

A. Sí Ticio, mucha. Pero no a la hora de ponderar o comparar los bienes Ticio. A la hora de comparar **los males**, los males... (repito) que es lo que la ley nos llama a ponderar o a comparar. En efecto, aprecio en el Derecho (por lo que vengo sosteniendo hasta aquí), esa especie de “talante” o “actitud” de “entusiasta aprobación” en un caso y, “no tanto” y “para nada” en los otros dos...

*T. Bien Alejandro. Veremos qué dice tu maestro... Se me ha ocurrido algo mientras te escuchaba pero ya me tengo que ir. Te lo mandaré por escrito. ¿Pagas tú no? Se va.*

### **2.2.5. Una carta de Ticio:**

Al día siguiente recibí un mail de Ticio, que transcribo:

Querido Alejandro:

Se me ha ocurrido algo que quizá te interese, a partir de lo que me decías ayer. Piénsatelo, quizá te sirva. Y si lo usas, por favor ten la delicadeza de, por lo menos, citarme.<sup>916</sup>

<sup>916</sup> Cumpliendo la manda, copio y pego el texto entero, que declaro fiel a su original y que reservo en formato electrónico.

Supongamos una obra de teatro. Un *unipersonal*. Tenemos al autor del texto o guión, a un director y a un actor. Y, por cierto, que esperamos que mucha gente vaya a ver la obra... El director será quien deba adaptar el texto a su ejecución, el actor interpretarla lo mejor que pueda. Y el público manifestará con aplausos o con silbidos si lo que se le ofrece resulta o no de su agrado. Por lo general, el público no tiene otra participación o intervención en la obra: paga su entrada, la mira y disfruta -o no- aquello que se le ofrece. El actor, cuando sube a la escena, se encuentra con una puesta ya conocida y debe interpretar *esa obra*, según ese texto, y no otra que, tal vez, le guste más... Y si, como en el caso, es un unipersonal pues lo hará sólo y no, por ejemplo, valiéndose de algún espectador... Aunque sé que no es inusual que el actor convoque a algún espectador a la escena en algún momento de la obra, esa situación por lo general ya es conocida por los asistentes que tienen dos oportunidades para evitar subir al escenario si no quieren hacerlo: si saben que la cosa va en ese sentido, y no quieren exponerse, pues no compran la entrada. Y, la segunda, cuando el actor los llama al escenario, sencillamente, le dicen que no. Como dirías tú: “*no he visto nunca a ninguno que suba arrastrado de los pelos...*”.

Bien, el texto es la ley. El actor el necesitado y el director el responsable o competente por el peligro. Ya las cartas están echadas cuando el actor sube al escenario y deberá actuar una acción defensiva en forma de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo...

Saludos, Ticio

*Pd. ¡El risotto con mollejas que me invitaste ayer estaba delicioso, espero lo repitamos muy pronto!*

Vaya, parece que estoy convenciendo a alguno... Ojalá.<sup>917</sup>

### **2.3. Requisito tercero: el necesitado debe ser “extraño” al mal que amenaza.**

La previsión legal en nuestro caso es, otra vez, bien amplia ... “por evitar otro mayor... *al que ha sido extraño*”. Con ello, pareciera que el legislador acepta el conocido aforismo de Binding “*quien se ha puesto en peligro, que perezca él mismo*” y que el sujeto debe ser extraño al mal *en todos los sentidos posibles*. El agente no debe haber causado (naturalísticamente) *el mal* que ahora enfrenta; ni, por cierto, que le sea imputable objetiva ni subjetivamente en ninguna de sus formas (dolo o culpa y sus variantes).<sup>918</sup>

---

<sup>917</sup> Sólo tengo una observación que hacer a lo de Ticio. Que, por cierto, le hice en persona, a cambio de otro risotto... El inocente no tiene la oportunidad de elegir en primera instancia, como sí lo tiene el espectador que no compra la entrada. Aparece en la escena y sí, efectivamente, es arrastrado de los pelos a ella por el necesitado, salvo que, éste reclame su consentimiento.

<sup>918</sup> La doctrina nacional, en su mayoría, excluye sólo los casos de dolo o culpa en la provocación del peligro (correcto) o de la situación de necesidad (incorrecto), DONNA, *Teoría del delito...*, 166 y 167. Para Soler, lo decisivo no es la creación dolosa o culposa del mal (que el mal sea culpable) sino que, al actuar, el sujeto pudiese prever que se hallaría en la necesidad de violar un bien jurídico ajeno (contenido del tipo subjetivo del tipo culposo). SOLER, DPA, §32, V; RIGHI-FERNÁNDEZ, DPPG, 201: “Sin embargo cuando se trata de auxilios de terceros, la justificación no encuentra impedimento en el hecho de que el beneficiario haya creado culposamente la situación de peligro”.

Pero esa interpretación no puede aceptarse, la exigencia no ha de ser planteada en términos de estricta causalidad físico-natural. La mera relación del autor con la creación de la situación de peligro no veda la posibilidad de invocarla: sencillamente porque su previsión carecería de sentido. Siempre existe una relación causal entre el peligro que amenaza y el afectado por él (a lo menos, en términos de causalidad natural pura, *condicio sine quanon*). Tampoco la previsión puede referirse, ni se refiere en mi opinión, a la provocación de la situación de necesidad (de la situación de conflicto). Ello porque la ley es clara respecto al denotado: se trata del mal que amenaza. Además carecería también de sentido que se refiriera a la situación de conflicto. Es que el necesitado (o el tercero auxiliador en los casos en que se lo acepte), según hemos examinado ya, es quien siempre plantea el conflicto, quien transforma peligro que lo amenaza en conflicto como situación de necesidad que está llamado a resolver.<sup>919</sup>

Lo relevante entonces, es *que el mal que amenaza (el peligro) no sea de algún modo imputable* (por lo menos objetivamente imputable) a la esfera del necesitado. Es decir que el sujeto, con su conducta, no haya incrementado antijurídicamente el riesgo permitido (y existente) y que luego podría concretarse en un resultado de daño. La ley avala con ello la distinción que hemos hecho: la competencia por la situación de necesidad (por la situación de conflicto) recae sobre quien ha provocado dicha situación a través de un comportamiento precedente responsable (en términos de incremento de riesgo).<sup>920</sup> La ley niega al responsable por el peligro (pleno y también al preferente) el permiso como derecho en cualquiera de sus formas -como pretensión (derecho fuerte), como privilegio (derecho medio) o como facultad (derecho mínimo).

*El responsable pleno o preferente* por el peligro que amenaza no puede invocar o escudarse en la situación de necesidad. Sólo tiene deberes, no derechos. Deber de tolerancia frente a la acción de salvamento emprendida por aquel a quien con su acción ha puesto en peligro. Tampoco puede invocar estado de necesidad quien se coloca voluntaria y conscientemente en una situación de peligro posible o probable (previsible) y del que puedan derivarse peligros para terceros (responsabilidad por el propio acto organizador).

---

<sup>919</sup> En contra, por todos, SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad...”, 678-679. Ciertamente es que nuestra ley es más clara que la suya en este punto (¡y en todos!) El que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño... Es evidente que la ley se refiere al mal que amenaza mayor inminente como aquel a evitar, y respecto del cual el agente debe ser extraño.

<sup>920</sup> GARCÍA CAVERO, DPPG, 641.

Ejemplo: “si el montañista sube a la montaña, a pesar de que conoce las advertencias de mal tiempo, no podrá luego alegar estado de necesidad justificante si rompió la puerta de la cabaña ajena para protegerse de la helada”.<sup>921</sup>

Un caso problemático es el del “suicida se tira al mar, pero se arrepiente al rato e intenta trepar a una lancha privada ajena”.

En primera fase, su decisión libre no puede ser limitada. Pero el arrepentimiento cancela su consentimiento previo a la propia muerte. En primer lugar el sujeto no es extraño al mal que lo amenaza, por lo que su acción no estará justificada. Pero el titular de la lancha no tendrá derecho de defensa frente a la acción ilegítima del fallido suicida porque concurrirá un deber a su respecto, que es el de socorro del artículo 108 del CPA. Si impide la subida a la lancha no está impidiendo un curso salvador (que por derecho el necesitado no tiene) pero será responsable en los términos del artículo 108 (omisión pura o simple de socorro).

A la vez, quien no ha dado lugar al peligro, pero es *dominus del casus*, no resulta responsable en M1 (cuando el peligro amenaza), pero sí mínimamente competente como “señalado” por el destino. Ya en M2 (luego de que *toma la decisión libre de actuar*, de plantear el conflicto es decir la situación de necesidad en forma defensiva o agresiva) es *competente pleno por la situación de necesidad*. Tal como explicamos, tiene el deber de hacerlo (de actuar), si puede, contra el responsable (pleno o preferente) antes que contra el inocente o tiene el deber de enfrentar ese peligro o asumirlo en tanto propio (*dominus del casus*) y sólo muy excepcionalmente, un derecho mínimo, como facultad o potestad de repartirlo hacia la esfera de un inocente.

#### **2.4. Requisito cuarto: el elemento subjetivo, “por”.**

El elemento intencional es un requisito expreso de la eximente en la ley Argentina. Si el agente no actúa por evitar el mal mayor que a él o a otro amenaza (auxilio necesario sólo admisible en estructura de estado de necesidad defensivo), no estará justificado.<sup>922</sup> La dogmática, sin embargo, tanto local como foránea discute si toda causa de justificación debe basarse en un elemento objetivo y en otro subjetivo (la voluntad de alcanzar el resultado

---

<sup>921</sup> Ejemplo de GARCÍA CAVERO, DPPG, 641.

<sup>922</sup> DONNA, *Teoría del delito...*, 168-169. RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 201: “la eximente no se otorga a quien obró con propósito delictivo, sino a quien ha procedido con voluntad de salvar el bien jurídico”.

autorizado) o sólo en el primero. En sentido afirmativo se pronunció por primera vez, con contundencia, la escuela finalista.<sup>923</sup>

La justificación de una acción típica depende en todas las causas de justificación de que el resultado último autorizado objetivamente, se base en una voluntad del autor tendente a ese evento; al elemento objetivo de justificación (el actuar en la realidad, a pesar del cumplimiento del tipo, conforme a derecho) debe corresponder, como elemento subjetivo de justificación, la voluntad del actuar *autorizado socialmente*. La falta de cualquiera de estas dos características produce la incongruencia entre voluntad y resultado y excluye la posibilidad de un juicio favorable sobre el acto. El acto será, pues, antijurídico.<sup>924</sup>

Entre nuestros escasos juristas liberales, Carlos Nino rechazó siempre la inclusión del elemento subjetivo en la justificante: “el derecho no debe endosar ideales de excelencia humana, discriminando a la gente por su virtud o valor moral o por la calidad de su modo de vida; el derecho debe tratar por igual al moralmente puro y al depravado, juzgándolos sólo por el valor de sus acciones”.<sup>925</sup>

### ***Caso 13: “Alumno vengativo”.***

*Un joven estudiante, enojado con el profesor que lo acaba de reprobar en el examen final, se dirige a su casa, toma una piedra y la arroja violentamente contra la ventana del primer piso, rompiéndola. No sabe que, precisamente en ese dormitorio, estaba el niño del profesor, a punto de morir asfixiado como consecuencia del mal funcionamiento de la estufa. La acción del joven salvó la vida del niño.*

Es a este tipo de casos a los que se refiere Nino. La exigencia de un elemento subjetivo en la justificante eliminaría el permiso, aún cuando objetivamente, el resultado alcanzado es el que la ley pretende.

<sup>923</sup> Ver el desarrollo en MAURACH, *Tratado...*, I, 368 a 370, “al elemento objetivo de justificación... debe corresponder, como elemento subjetivo de justificación, la *voluntad de actuar autorizado socialmente*. La falta de cualquiera de estas dos características produce la incongruencia entre voluntad y resultado y excluye la posibilidad de un juicio favorable sobre el acto que será, pues antijurídico”. Y WELZEL, 137 y 149: “el autor debe conocer también subjetivamente los presupuestos del estado de necesidad y perseguir el fin de salvación”. También, entre otros, HILGENDORF-VALERIUS, DPPG, 111.

<sup>924</sup> MAURACH, *Tratado...*, T. I, 370. El destacado es mío. Y adviértase el interés permanente de la doctrina finalista por incorporar el *elemento social*. Sin embargo, en Welzel leo: “el autor debe tener la voluntad de defensa o de salvamento” (refiriéndose a la legítima defensa y al estado de necesidad respectivamente, WELZEL, DPA, 137). En ello estaría de acuerdo (y ya también en estado de necesidad defensivo y agresivo), pero como voluntad del autor, no del conjunto.

<sup>925</sup> NINO, *Los límites...*, 287.



Me apartaré aquí de la postura de Nino. Aceptar y reclamar la existencia del elemento subjetivo en la situación de necesidad agresiva no sólo no es antiliberal, sino que aporta un argumento más, y de peso, para el objetivo que un liberal persigue: la separación estricta de las esferas de autonomía individual y la injerencia del todo excepcional en la del inocente. Pongamos un caso, de Sancinetti:

**Caso 14: Servicio de urgencia.**

*Al Dr. Morales se le avisa a las 9 que han llamado a su casa media hora antes para informarle que el Sr. Gómez había sido picado por una víbora. Al dirigirse rápidamente en su automóvil al lugar en donde era requerido, ve cerrada la ruta a causa de trabajos de reparación. En razón de que la picadura era mortal, el doctor Morales atropella con su automóvil las barreras para evitar con ello un largo rodeo. Al llegar a casa de su paciente se entera de que Gómez había muerto a las 8.40...<sup>926</sup>*

La simple constatación *ex post* de un resultado más favorable o beneficioso no alcanza para validar su acción. Ni la ley lo reconoce, ni tampoco desde un punto de vista moral ello sería aceptable. Lo que la ley exige es que *se actúe por* evitar el mal que se anuncia, como lo hizo el Dr Morales. Y la acción se justificará aún cuando el resultado objetivo que se espera obtener con la acción de salvaguarda propia o ajena no se alcance. De otro lado, no es posible predicar que las gentes quieran elevar a máxima universal una conducta así: “causa daños, con el sólo fin de causarlos, que si por ventura o casualidad, benefician en lugar de perjudicar, habrás actuado bien”.

### **3. Institutos y requisitos no previstos expresamente.**

#### **3.1. Institutos no previstos: El auxilio necesario de terceros.**

Nuestra doctrina penal es unánime al reconocer justificado el auxilio necesario de terceros<sup>927</sup>, pero la ley nada dice al respecto a diferencia de su expreso reconocimiento para la

---

<sup>926</sup> SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho Penal, Parte General*, (con la colaboración de Günter Stratenwerth y de Patricia Ziffer), 3ra. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 576.

<sup>927</sup> Ver, NÚÑEZ, *Tratado...*, I, 321: “admite el resguardo de bienes propios o ajenos, sean éstos de parientes o extraños y acepta, por consiguiente, *la más amplia intervención en defensa de los bienes de los terceros*”. (Destacado mío). En igual sentido, SOLER, DPA, § 32, VII y Donna: Puede haber salvataje de los bienes

legítima defensa (art. 34.7 del CPA). En otras leyes también se reconoce expresamente este instituto para el estado de necesidad (v.gr. en Alemania<sup>928</sup> y en España).<sup>929</sup> La doctrina civil, en cambio, es reacia a aceptar el auxilio necesario para el estado de necesidad, a lo menos con la extensión que los penalistas le reconocemos.<sup>930</sup>

Creo que es preciso distinguir, de nuevo, un *auxilio defensivo de tercero*, es decir aquella asistencia o ayuda al necesitado para que pueda apartar el peligro que lo amenaza reaccionando contra la fuente del peligro, del *auxilio agresivo de tercero*, esto es, asistir o ayudar al necesitado a escapar del peligro atacando la esfera de un inocente, esto es, con daño o a costa de un inocente.

Lo primero, de evidente familiaridad con el auxilio a quien resulta víctima de una agresión en situación de legítima defensa, es perfectamente admisible y deseable, en la medida en que de manera conjunta (necesitado y tercero auxiliador) o sólo el tercero auxiliador, dirigen sus esfuerzos a la desactivación de una fuente de peligro natural o *responsable preferente* para la esfera de autonomía individual y para el orden jurídico en general (aspecto de la afirmación del derecho). Siempre, claro:

---

jurídicos propios como ajenos, ya que en este aspecto, ni conceptual ni legalmente hay límites en este sentido” (DONNA, *Teoría del delito y de la pena...*, 157).

<sup>928</sup> § 34 StGB. “Estado de necesidad justificante: Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho **con el fin de evitar un peligro para sí o para otro**, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.”

Dice JAKOBS, DPPG, 13/9: “...de este modo el auxilio al estado de necesidad es una causa de justificación, al igual que el propio estado de necesidad. La situación es adecuada, ya que no justifica ya la situación de apuro, - sólo existente en el amenazado- sino sólo el balance de comportamiento positivo perseguido por una vía apropiada”.

<sup>929</sup> 20.5 CPE: “El que, en estado de necesidad, **para evitar un mal propio o ajeno** lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.” Dice BALDÓ, *Estado de necesidad...*, 124 y 125: “*toda verdadera causa de justificación* derivada en una situación de necesidad individual no sólo genera una facultad de salvaguarda propia o ajena, sino también un correspondiente deber de tolerancia...”.

<sup>930</sup> “Si se trata de terceros extraños en peligro (a los que se auxilia), solamente se configura el estado de necesidad si el mal afecta a la persona de dichos terceros, pero no a sus bienes” (LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*, 1973, t. III, 648, nº 2237; MAYO, Jorge en Bueres-Highton (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A, comentario al art. 1066 p. 79/82.

a) que se respeten las exigencias propias de la justificación (necesidad, proporción – mal algo menor por evitar el mayor- extraneidad al peligro, a lo menos, de parte del auxiliador necesario y el elemento subjetivo) y;

b) que el necesitado “quiera” ser defendido. Y lo sabremos porque lo pide, o porque se lo ve pretendiendo defenderse<sup>931</sup> o, si estuviera ausente o inconsciente, porque podemos interpretar que lo consiente (su casa se quema y el vecino yace desmayado en la cocina). No podemos imponerle la defensa a aquel que no quiere defenderse. En primer lugar, porque constituiría una violación a su autonomía individual. Y, en segundo lugar, porque se trata de un *derecho como privilegio* (y que, por tanto, el amenazado puede elegir, o no, ejercer).<sup>932</sup> Ejemplo: “rompo una vidriera para salvar un tesoro ajeno amenazado por el fuego...”.<sup>933</sup>

En cambio no existe razón alguna para habilitar el auxilio necesario de un tercero en situación de necesidad agresiva si no estamos frente a un supuesto de omisión de socorro del art. 108 del CPA. Es decir, que si el peligro al que está sometido el necesitado no amenaza su propia vida, o su integridad personal no se habilita la ayuda para el daño típico a un inocente.

Ello porque:

a) sería, de nuevo, una violación a la autonomía del necesitado y, ahora también, a la del inocente (irresponsable y ajeno al peligro que amenaza).

---

<sup>931</sup> Así, aunque para la legítima defensa, BACIGALUPO, DPPG, §51/701.

<sup>932</sup> Si el necesitado fuere menor o incapaz, esa decisión corresponde a su representante legal (padres, curador, etc.). En relación con aquello que el que tiene la capacidad de actuar sobre otro debe presumir de ese otro, Pufendorf proponía las siguientes reglas: (1) He who receives the authority to act from the will of another person, where the contrary has not been signified by an expression of his will, can rightly do what is useful to the other, in such a way that it does not appear likely that a greater inconvenience will result therefrom. For, in the absence of express signs indicating something else, it is presumed that every one wishes to have his interests advanced, because this is to the highest degree in accord with nature, and presumptions are commonly apt to follow nature. (2) It is not right to do the opposite of what has been signified expressly. For a man's will is indicated with just this purpose, namely, that no one, on the basis of a presumed will, should do something different from that which had been prescribed by him; unless, by means of a general clause, the second person has been bidden to follow the advantage or the necessity of the circumstance, to the extent of his skill. On this principle a soldier, or a commanding officer of lower rank, who has been expressly forbidden to join combat in any way with the foe, does not do right in entering a combat without the knowledge of the commander-in-chief, although it may appear to him that it is possible to achieve a success. (3) He who acts with the knowledge of the second party, and when the same is able to indicate without any trouble his dissent, rightly presumes his will from his silence. And so it follows that the vows of a wife, or a daughter under her father's authority, and of a slave, were valid by the divine law, if the husband, father, or master, on hearing them, had kept silence. (4) He who has entrusted some action to a second person is regarded as having assented to that which the latter does under the compulsion of extreme necessity, unless either the laws have forbidden it, or he has been forbidden expressly to avoid a necessity in that way, or what necessity was going to bring about would be a less evil than the one which is accepted in order to avoid it. (PUFENDORF, *Two Books*, I, Def. XIV, n.3)

<sup>933</sup> Soler, DPA, § 32, VII.

b) El único que puede, en términos muy limitados, transformar la relación que lo vincula con el inocente, convirtiendo un *no derecho* (deber) fuerte (*neminem laedere*) en un derecho mínimo, como potestad o facultad y sometiéndose a las responsabilidades que de ello derivan, por ejemplo por error de su parte (i.e.: la de indemnizar el daño) es el necesitado (en caso de incapaces, menores o dementes, su representante legal). Ni su pedido, ni su consentimiento, expreso o presunto, habilitará la ayuda si no es en los términos del 108 del CPA.

Así, *en supuestos de estado de necesidad defensivo*, el auxilio necesario de parte de un tercero, se habilita siempre que el necesitado lo quiera o podamos presumir que lo quiere, y aunque el mal que amenaza no sea contra la vida o la integridad personal del necesitado. El principio de responsabilidad por el propio acto organizador que crea peligros para terceros (si el peligro deriva de fuente humana), el principio de dignidad (el reconocimiento del otro como persona necesitada de ayuda) y el fin de mantener la paz inmanente a esta justificación, resultan razones fuertes y suficientes para admitirlo.

*En supuestos de estado de necesidad agresivo*, el auxilio necesario de parte de un tercero no puede ser reconocido. Sería aceptar bastante más que aquello que queremos limitar, y resulta extraño e intolerable para un sistema liberal. Ya no se trata siquiera de que el sujeto en peligro (el necesitado) afecte la esfera del inocente, sino ¡que lo haga otro! La única intervención de terceros posible en situación de necesidad agresiva, no surgirá de esta eximente, sino del deber que nos impone el art. 108 CPA (deber de socorro) en los limitados casos en los que dicho deber puede predicarse existente. Ejemplo: “rompo una vidriera para salvar a otro del fuego”.<sup>934</sup>

### **3.2. Requisitos no expresamente previstos (pero implícitos).**

#### **3.2.1. El deber de sacrificio.**

La doctrina es unánime al considerar incorporado este deber a la previsión legal. Pero no es clara en sus fundamentos.<sup>935</sup> Yo creo que es bien simple y se relaciona con el requisito, sí expreso en la ley, de la *extraneidad*: si tienes el deber de sacrificio, no eres extraño al

---

<sup>934</sup> Soler, DPA, §32, VII.

<sup>935</sup> SOLER, DPA, §32, V, por ejemplo, ninguna razón da. Pero sí dice que la restricción puede provenir de la ley (en el sentido más genérico del término) o de la propia acción del individuo.

mal<sup>936</sup>. Así, los obligados especiales por la ley<sup>937</sup> (médicos, policías, bomberos, etc.), por contrato (guardavidas, chofer del autobús) o por asunción (montañista que se ofrece de guía al grupo) no podrán alegar un estado de necesidad justificante para evadir el cumplimiento del deber o de su función.<sup>938</sup> Pero, claro está, estos roles o funciones no establecen un deber de soportar el peligro, de sacrificio o inmolación en cualquier caso.<sup>939</sup> Existe una demanda de racionalidad en la exigencia o en el deber<sup>940</sup>, que está vinculada al principio de dignidad. No podemos obligar a otro a *sacrificios desproporcionados, ineficaces o del todo inútiles*. Ejemplo de lo primero (*exigencia de un sacrificio desproporcionado*): el bombero o el marinero deben arriesgar sus vidas si lo que está en juego es la vida de un semejante en un incendio o en un naufragio, pero no si ella corre peligro para salvar muebles o mercadería ordinaria.<sup>941</sup> Ejemplo de *la exigencia de un sacrificio ineficaz e inútil*: el maquinista y sus auxiliares no tienen el deber de permanecer en la locomotora del tren (tal como impone el reglamento) si éste va a estrellarse, y ellos no podían prever ni hacer nada ya para evitar la catástrofe.<sup>942</sup>

### 3.2.2. La llamada “cláusula de adecuación” (remisión):

Existe también un debate acerca de la necesidad o no de incluir una cláusula de adecuación en el tipo de la justificación. Recuerden, que según hemos dicho, la cláusula de adecuación está prevista en el actual § 34 del StGB como una forma de sumar la teoría del fin

---

<sup>936</sup> Así RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 201: “...estas personas no son ajenas a la situación de peligro”.

<sup>937</sup> Ley en sentido *material* no formal. Se incluyen Reglamentos, decretos, ordenanzas etc. Ver RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 202.

<sup>938</sup> ROXIN, DPPG, 16 nm. 55; JAKOBS, DPPG, 13/28; GARCÍA CAVERO, DPPG, 642. Casos: i) “El titular del derecho amenazado *no debe tener la obligación legal o contractual de exponerse al peligro* (p.ej. el médico no puede negarse a atender al enfermo por temor al contagio, o el del capitán del buque, que debe ser el último en abandonarlo). Por eso, *si se incendió el ómnibus y el chofer*, en lugar de salir por la puerta y facilitar la salida de los pasajeros, se arrojó por la ventana, dejando abandonados a su suerte a las personas que transportaba, responde por los daños que éstos sufrieron sin poderse amparar en estado de necesidad” (CARRERAS, Raúl, E, *Las causas de justificación en el Código Penal*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1978, 51). ii) “La invocación de un estado de necesidad justificante de la actividad del mecánico encargado de la vigilancia del motor en que se inició el incendio que destruyó totalmente el tren de pasajeros, debe ser desestimada ...no debe olvidarse además que su misión importa el afrontamiento de riesgos que la propia profesión le impone y que la impericia, negligencia, o la ligereza son tanto o más reprochables si se atiende a que le son confiadas, en aspectos fundamentales, la seguridad de las vidas y los bienes del transporte ferroviario.” (CFed. de Córdoba, 30.03.1959, “Azcurra, Elpidio”, LL 96-125).

<sup>939</sup> ROXIN, DPPG, 16. nm. 55; Mir 17/87; GARCÍA CAVERO, DPPG, 642; RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 202.

<sup>940</sup> RIGHI-FERNÁNDEZ, *Derecho Penal...*, 202.

<sup>941</sup> CEREZO MIR, Curso... II, 45; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado..., IV, 415; DONNA, *Teoría del delito...*, 168.

<sup>942</sup> CEREZO MIR, Curso... II, 45, nota 176 con cita de STS del 22 de mayo de 1901.

a la teoría del interés preponderante. Otros códigos penales también la contemplan expresamente.<sup>943</sup>

Los defensores de la teoría de la ponderación global de intereses niegan a esta cláusula toda autonomía funcional, reduciendo su finalidad a una tarea de control o a un criterio adicional a tener en cuenta en el proceso de ponderación.<sup>944</sup> Existen, de otra parte, quienes la consideran necesaria para un segundo nivel de valoración que determine si la ponderación global resulta correcta.<sup>945</sup> Finalmente, otros atribuyen a esta cláusula la función de límite absoluto a la ponderación o al cálculo de beneficios.<sup>946</sup> Creo, que Pawlik lleva razón: la cláusula de adecuación allí donde existe o está prevista, parte del reconocimiento del afectado como persona y, por tanto, niega legitimidad a los actos que producen una considerable pérdida de su libertad<sup>947</sup> o, agrego yo, de su dignidad.

Aunque no está expresamente prevista en nuestra ley, la cláusula puede considerarse incluida, sin esfuerzo, en el requisito de la *necesidad* (también llamado de la subsidiariedad). A su análisis remito.<sup>948</sup>

Quando el medio utilizado para alejar el peligro no es el adecuado a ese peligro ni a las circunstancias, pues no hay necesidad. Por tanto no puede plantearse el conflicto ni en forma defensiva ni agresiva.<sup>949</sup>

<sup>943</sup> Por ejemplo, el del Perú en el art. 20.4. “que se emplee un medio adecuado para alejar el peligro”.

<sup>944</sup> Así ROXIN, DPPG, 16 nm. 8.

<sup>945</sup> JESCHECK, *Tratado...*, 535

<sup>946</sup> JAKOBS, DPPG, 13/36; WILENMANN, *La justificación...*, 600 y ss.; GARCÍA CAVERO, DPPG, 640-641.

<sup>947</sup> Citado por GARCÍA CAVERO, DPPG, 641 nota 233. En ese sentido también HILGENDORF-VALERIUS, DPPG, 110: la cláusula de adecuación rige sobre todo, fuera del caso del estado de necesidad por coacción, cuando la defensa se dirige contra intereses altamente personales, cuyo abandono no puede exigirlo el principio de solidaridad. Sobre todo el derecho de autodeterminación del afectado permanece aquí en consideración, en tanto no influya ya en su favor la ponderación de intereses”.

<sup>948</sup> Ver *supra*, Quinta Parte, Capítulo XVI, punto 2.1.1

<sup>949</sup> Donna lo vincula con el requisito de la adecuación. El problema es que tampoco está previsto, lo que duplica la dificultad de reconocerlo. DONNA, *Teoría del delito...*, 168. Incorporar su previsión, como proponen los últimos Proyectos de Código Penal, creo que acarrea más perjuicios que beneficios. Nos pondremos a discutir entonces, por ejemplo: ¿el medio adecuado para qué fin? ¿Social, personal, los dos? ¿Y si no coinciden? No es que su no mención expresa elimine esos problemas (como he dicho me decanto siempre por el interés individual antes que por aquel del *sujeto holístico*). Pero la cláusula de la adecuación está vinculada históricamente mucho más con el interés social que con el particular.

## Conclusiones

1. El estudio y análisis de las causas de justificación, de los *permisos* del Derecho para afectar típicamente (para dañar) a otro, nos obliga a optar por una determinada teoría moral. Las respuestas que se obtengan serán distintas si la que se elige es, por ejemplo, una de tipo consecuencialista, una comunitarista o una liberal. Las dos primeras en cualquiera de sus versiones -más o menos extremas-, tienen sus diferencias pero, en general, o bien les interesa o se enfocan más en el conjunto (en la generalidad) o en una de las dos partes que protagonizan el conflicto. Una ética liberal, que con convicción elijo en su forma clásica, pone especial atención en la libertad -en la autonomía individual-, y en la dignidad humana de todos y cada uno de los participantes en la situación, simplemente por el hecho de que son personas. La autonomía individual, entendida como el derecho que tengo a construir mi vida sin interferencias, en libertad, siempre y cuando respete el mismo derecho que tienen los demás. Y la dignidad de la persona humana en un sentido kantiano: el hombre es un fin en sí mismo y no podemos usar a otros como objetos, utilizarlos como medios, ni para nuestros propios fines ni para los de “la generalidad”.

2. He presentado aquí una propuesta orientada a (y ordenada por) estos dos principios fundamentales del liberalismo clásico. El primero, la autonomía, es en mi planteo el principio central y el ordenador primario de las causas de justificación derivadas de situaciones de necesidad y de los derechos y deberes que de ellas derivan. De él nace, como correlato obligado, el principio de *responsabilidad* en las tres manifestaciones que propuso en su tiempo Baldó: a) el principio de autodefinición de intereses propios; b) el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador y; c) el principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros (*casum sentit dominus*). Pero, en contra de lo que usualmente se sostiene, los liberales – al menos aquellos que asumimos una versión clásica-, no somos insensibles ni egoístas convencidos. El principio de autonomía individual “comparte el podio” de los principios nucleares con el principio de dignidad de la persona humana en su significado más kantiano (respeto y reconocimiento por la dignidad del otro) y opera como límite de toda la estructura.

3. Las situaciones de necesidad justificantes que trato aquí son situaciones de conflicto entre intereses intersubjetivos. Un mal amenaza a alguno que, o bien lo asume

pasivamente en ejercicio de su libertad de organización, o decide plantear un conflicto y causar a otro un mal típico (penalmente relevante). Tres son las causas de justificación que reconocen esa característica común: la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo. Lo que las distingue entre sí, *es el vínculo* que los protagonistas del conflicto tienen con el peligro: el *agresor* en situación de legítima defensa *es responsable pleno* por el peligro que él mismo crea (el peligro es imputable a su esfera de libertad a título doloso). El *cuasi agresor* en situación de estado de necesidad defensivo es *responsable preferente* por ese peligro (el peligro es imputable a su propia esfera de libertad, por lo menos, objetivamente y puede que también a título culposo). *El necesitado* (amenazado por el peligro) no es un responsable pero sí el inicialmente afectado y “señalado” por el azar o por el destino, para soportarlo o para enfrentarlo. Descartada la opción de asumir el peligro que amenaza y decidido a enfrentar el mal (a hacerse cargo de él, a resolverlo) el necesitado *toma una segunda decisión* y, con ello, *se hace competente pleno por la situación de necesidad*. Él es quien transforma peligro en conflicto (en situación de necesidad) y decide la dirección que dará a su respuesta: si en forma de defensa o en forma de ataque a un inocente). Ya tenemos aquí dos cuestiones importantes relativas a un protagonista principal de la escena y a las que, según creo, escasa importancia se les ha dado. La primera es que si bien el necesitado no es *responsable* por el peligro que lo amenaza, tampoco resulta un *tercero*. No lo es respecto del peligro que lo amenaza (es *casus* para él) ni, mucho menos, respecto de la situación de necesidad (porque es él mismo quien la hace aparecer en el mundo...). La segunda se refiere a la decisión que libremente toma el necesitado a la hora de encarar ese peligro, si en forma defensiva o agresiva y que estimo también muy relevante.

4. En un sistema que se pretenda liberal, y el sistema jurídico argentino lo es, la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo encuentran favorable y muy cómoda acogida. Ambos se reconocen fácilmente en el principio de responsabilidad por los propios actos que causan un daño a un tercero pues parten de una infracción del principal deber que como ciudadanos tenemos (el deber negativo, *neminem laedere*). Por tanto, resulta natural y justo que la acción de salvaguarda del necesitado se manifieste en forma defensiva y que no sea otro que el responsable quien sufra las consecuencias lesivas. Merced a su infracción - máxima o media- del deber negativo, el responsable por el peligro *expresa* (comunica) que renuncia parcial o totalmente a la protección de la esfera de libertad que el orden jurídico le reconoce y, con ello, asume el deber máximo o medio de soportar la respuesta que el necesitado emprende contra él.



5. En cambio, el estado de necesidad agresivo, es una figura realmente exótica para un sistema liberal, aparece como un instituto muy extraño e irregular. El necesitado, para eludir o escapar del peligro, se vale de un tercero *inocente* (lo instrumentaliza, lo utiliza) con daño a su esfera de libertad y, por ende, a su autonomía y a su dignidad. A diferencia de los otros dos supuestos, el inocente “no ha hecho absolutamente nada” para merecer o para soportar la acción de salvaguarda que el necesitado contra él emprende. Nada lo vincula con el peligro y tampoco con la creación de la situación de necesidad. Es un absoluto incompetente e irresponsable por ambos, y el único a quien verdaderamente podemos llamar “tercero” y también “inocente”.

6. Con ello, la alternativa que parece obligada y que surge *espontánea* para un liberal, es la de eliminar del sistema a estos ingredientes extraños e irregulares: los llamados deberes positivos generales. Pero, a partir de la constatación de que el sistema jurídico argentino los reconoce por partida doble (en la forma pasiva del deber de tolerar o de soportar injerencias salvadoras en estado de necesidad agresivo y el de socorro activo a personas en peligro, art. 108 del CPA) y -mucho más importante que el argumento *positivista*-, a partir de la constatación de que una visión liberal clásica como la que aquí defiendo, no desconoce ni tampoco reniega de la existencia de ciertos deberes mínimos para con los otros en tanto somos seres sociales que vivimos en comunidad y reconocemos en el otro su propia dignidad, la opción que aquí se eligió es la de reconocer la existencia de esos deberes positivos generales, pero de la manera más acotada o limitada posible. Esto es, enmarcarlos estrictamente dentro de los dos postulados centrales del liberalismo clásico y validarlos pero sólo como *deberes muy subsidiarios, excepcionales y mínimos*.

7. El fundamento de esos deberes generales de ayudar o de soportar (que no son otra cosa que una *apelación a un sacrificio*) no estará en la noción utilitarista de la preservación del interés preponderante, y tampoco en la *gelatinosa* idea de la solidaridad con fundamento en razones que aprecio poco convincentes. Estará basado en los mismos dos principios liberales que orientan e iluminan mi propuesta: la autonomía y la dignidad. A la hora de fundamentar esos *aportes o entregas*, especialmente en el último. Así, no es que el inocente en situaciones de necesidad agresiva o el llamado al auxilio en el deber de socorro, tengan el deber de soportar o de ayudar al necesitado con fundamento en la idea de la solidaridad social intersubjetiva basada en argumentos contractualistas, o en el reconocimiento de deberes institucionales o *cuasi* institucionales. Los tiene en tanto reconoce en el otro a un ser dotado de la misma dignidad de persona que reconoce en él y, por tanto,

aparece obligado a una *mínima prestación de ayuda o de auxilio* a quien lo necesita siempre que, a la vez, no se comprometan en forma mínimamente significativa (relevante) su propia autonomía y su propia dignidad.

8. Definida la axiología que orienta mi propuesta (principio de autonomía individual (y su principal derivado, el principio de responsabilidad) y principio de dignidad de la persona humana como fundamento y límite tanto para quien ejerce el derecho de necesidad como para el destinatario de la acción de salvaguarda, puse mi atención en la otra cuestión fundamental: la deontológica.

9. Tenía la fuerte intuición inicial de que los *derechos* que se reconocen a unos (derecho para el necesitado de salvaguarda y de injerencia en la esfera de libertad ajena) y *el correlativo deber del afectado* (el de tolerar o el de soportar la acción de salvaguarda lesiva), tenían un contenido y un alcance distintos para cada una de las situaciones de necesidad justificantes. Y, en efecto, eso es lo que podemos verificar en nuestro sistema (y en otros) porque, por ejemplo, el derecho de defensa y el deber de sacrificio evidentemente no son los mismos para las situaciones de legítima defensa y para las de estado de necesidad defensivo. En el primer caso, el Derecho habilita al agredido una respuesta máxima y somete al agresor a un sacrificio que puede resultar máximo - incluso de su vida- y sólo limitado por la necesidad racional. En cambio, en el estado de necesidad, el derecho y el deber están sometidos a un baremo más estricto: el de la proporcionalidad que debe existir entre el mal que se causa que debe ser menor que el mal que se evita. Por ello, ayudados por el trabajo y las tradicionales tablas de correlativos y de opuestos de Hohfeld, pudimos identificar y describir deberes y derechos que efectivamente tienen un alcance y un contenido distinto para cada una de las situaciones de necesidad justificante que integran la tríada. Y presentar una tabla de correlativos y una de opuestos con tres tipos de *expresiones* que pertenecen a la *familia de los derechos* y tres que pertenecen a la *familia de los deberes* (correlativos u opuestos en su caso) que las describen, en mi opinión, con mejor fortuna.

10. *En legítima defensa*, el derecho de salvaguarda y, por tanto, el de injerencia en la esfera del responsable pleno por el peligro, *es un derecho como pretensión* (un derecho máximo). Y el responsable pleno por el peligro tiene, como correlato de ese derecho, el deber de soportar la injerencia salvadora, que puede ser de la máxima intensidad sin derecho alguno de reacción. *Derecho de salvaguarda máximo, derecho como pretensión (claim right) - deber de tolerancia máximo (duty)*.

11. *En estado de necesidad defensivo*, la intensidad y el contenido del derecho de salvaguarda y del deber de tolerancia que el sistema jurídico reconoce son menores. No tenemos el derecho a una defensa de nuestra esfera de libertad tan intensa como la que habilita en legítima defensa, simplemente porque la violación de parte del infractor del deber negativo tampoco ha sido tan intensa, y el responsable por el peligro mantiene una legítima expectativa de *cierto* respeto a su propia esfera. Lo que tenemos es un derecho medio, *un derecho como privilegio o como libertad (privilege or liberty right)* y, el responsable *preferente* por el peligro, un “no derecho” (*no right*) a oponerse a la acción de salvaguarda para el caso de que el necesitado decida emprenderla.

12. Finalmente, *para supuestos de estado de necesidad agresivo*, lo que un sistema liberal puede reconocer al necesitado es sólo un *derecho como facultad o como potestad*. Esto es, un derecho de salvaguarda mínimo y muy condicionado toda vez que decisión sea la de emprenderla contra la esfera de libertad y de intereses de un inocente. Su derecho estará muy limitado, atado a la verificación de distintas condiciones necesarias y suficientes que le permiten esta *extraña pero posible operación* de transformar un deber (o un *no derecho fuerte*) de no injerencia, en un *derecho mínimo como potestad o como facultad (power right) de injerencia en la esfera del inocente*. Correlativamente, es decir para el inocente, ello se traduce en un deber de tolerar que será también mínimo (deber de sujeción, *liability*) si es que todas las condiciones se verifican presentes. O en su *derecho a reaccionar en estado de necesidad defensivo* (repeliendo la acción de salvaguarda) si alguna de ellas está ausente.

13. La posibilidad de que el inocente se oponga (bloquee) o niegue la prestación que se le demanda, si es que el necesitado ha logrado reunir esas condiciones y ostenta ahora el derecho subjetivo mínimo que habilitan su demanda, nos ha obligado a decidir qué consecuencias tendrá – para el inocente- ese alzamiento o esa oposición. Entiendo que si lo que peligra es la propia vida o la integridad física del necesitado, el inocente está obligado a proveer la ayuda que se le demanda en virtud de la existencia del deber general positivo de socorro o de auxilio que prevé nuestro artículo 108 CPA. Su infracción a ese deber general positivo le acarreará la pena prevista en la ley, que es la de multa. Si, en cambio, el necesitado no corre peligro para su vida o para su integridad, la infracción del deber de parte del inocente es tan mínima, que el sistema no prevé y, por cierto no habilita, su castigo (impunidad).

14. A partir de esta propuesta entonces, ya no hablaremos de derechos y de deberes, sin distinción alguna para cada una de las situaciones de necesidad justificantes. No son todos iguales. Se trata de derechos con un contenido y con un alcance distintos. *Derecho*

como pretensión (máximo), derecho como privilegio o libertad (medio) y derecho como potestad o facultad (mínimo). Y, del otro lado, también de deberes de tolerar o de soportar con un alcance y con una extensión distintos. Se trata de un deber *latu sensu* (máximo), de un “no derecho” (medio), o de un deber mínimo, según estemos en estructura de legítima defensa, de estado de necesidad defensivo o de estado de necesidad agresivo, respectivamente.

15. Se le reconoce también aquí mucha importancia al principio liberal del *casum sentit dominus*. El necesitado, a partir de su condición de portador, ya desde el inicio, de un *status* que lo distingue de cualquier otro (es *dominus del casus*, esto es, titular de la de la desgracia, de la mala suerte o del accidente que a él le tocó) es, a falta de un responsable, el primariamente obligado a soportar o a resolver la situación que lo apremia con el menor daño posible. El inocente no. Así, concluimos que a falta de un responsable (pleno o preferente) por el peligro sobre quien procede, en principio, descargar la acción de salvaguarda, es el necesitado en tanto *dominus* quien debe asumir su *casus* sin involucrar a un inocente en la escena, salvo que tenga muy buenas razones para hacerlo (es decir para *socializar* o para repartir su propia desgracia).

16. Un sujeto puede ser responsable (pleno o preferente) o competente por el peligro. El responsable por el peligro es, claro está, competente por él. Pero el competente por el peligro no es responsable por él (no lo ha provocado ni dolosa ni culposamente) pero tampoco un completo extraño al peligro. En contra de lo que la doctrina dominante afirma, las situaciones de necesidad agresivas no resuelven conflictos entre sujetos *en situación de paridad jurídica*. Necesitado (competente) e inocente (irresponsable e incompetente) no revisten la misma condición material ni la misma situación frente al Derecho.

17. Sostuvimos también que, desde la óptica del necesitado, pueden y deben distinguirse dos momentos en la evolución de una situación de necesidad. En el que denominamos M1 (momento inicial, allí cuando el peligro amenaza) el necesitado resulta *un señalado* por el azar, el destino o la suerte para hacerse cargo de la situación, para enfrentar aquello que le ha caído o que le toca. Y, según explicamos, encuentra un escenario que le provee no de una, sino de tres alternativas posibles. La primera es la de *no hacer nada*, esto es asumir el peligro en uso de su libertad de organización. En caso de que no elija esta opción, se le abren dos posibilidades más. El necesitado, en un segundo momento (M2) toma una decisión libre (y por tanto responsable) que importará de su parte el ejercicio de una acción. Ella será la de *reaccionar* defensivamente contra el responsable por el peligro (estructura de

legítima defensa o de estado de necesidad defensivo) o la de *accionar* directa y dolosamente contra un absoluto extraño e incompetente, tanto del peligro como de la situación de necesidad: el inocente (estructura de estado de necesidad agresivo). En tanto decisión libre (en M2), el competente vuelve a asumir responsabilidad por la decisión que toma. Y debe hacerlo con el máximo respeto posible a su deber negativo tanto en su aspecto positivo (reconocimiento y respeto del otro en su condición de persona, en su dignidad) cuanto en el negativo (no dañar a otro).

18. Con esto, se hace evidente que descartada por el necesitado la asunción pasiva en su propia esfera de la realización del peligro que lo amenaza, la decisión que debe tomar es defensiva (contra la fuente del peligro) antes que agresiva (contra la esfera de un inocente). Por cierto que ello será en tanto el necesitado *pueda* tomar esa decisión, es decir, de un lado, que tenga a la mano al responsable (lo reconozca o sea posible ir contra él) y, del otro, que la salvaguarda que emprende en forma de reacción, le augure una defensa útil y también eficaz para alejar el peligro que lo amenaza sin comprometer significativamente su propia autonomía o su dignidad.

19. Excepcional y subsidiariamente es decir, si ello no resulta posible y en tanto se verifiquen las condiciones que permiten al necesitado transformar la relación inicial de prohibición de injerencia en la esfera del inocente en un derecho mínimo como facultad o como potestad, podrá afectar mínimamente (es decir es términos no relevantes para la autonomía y/o para la dignidad) la esfera de libertad, de bienes o de intereses, del inocente.

18. Esas condiciones son:

a) 1. Que no exista un responsable por ese peligro que amenaza; a.2. Que, si existe un responsable *no sea posible* actuar (reaccionar defensivamente) contra él; a.3. Que se requiera, *si es posible*, su consentimiento previo;

b. Que exista una *diferencia esencial de males*;

c) Que no se superen los límites que imponen la autonomía y la dignidad; y

d) Que, *a posteriori*, siempre se resarza el daño.

19. Si alguna de esas condiciones no se constata, el necesitado *no tendrá derecho*, ni siquiera ese *derecho mínimo como potestad o como facultad*, de injerencia en la esfera de autonomía de un inocente. Y éste, podrá reaccionar contra él en los términos del estado de necesidad defensivo (derecho medio- proporcionalidad) porque la acción del *cuasi agresor* no

es expresiva de un *ataque*, no tiene la carga de injusto ni de negación del Derecho ni del otro como persona como las que revela el de un agresor en legítima defensa.

20. Con ello se muestra que el recurso al estado de necesidad agresivo es realmente excepcional y siempre subsidiario: primero, claro, de los recursos o de las vías institucionales y, luego, tanto de la legítima defensa cuanto del estado de necesidad defensivo. Lo que nos quedaba entonces era definir los límites de ese derecho mínimo -como potestad o facultad- para el necesitado y los límites del correlativo deber para el inocente.

21. La aplicación de este sistema orientado axiológicamente a los principios centrales del liberalismo y que permite apreciar distintas intensidades, contenidos y alcances tanto para los derechos de salvaguarda y de injerencia como para su correlativo deber de tolerancia, tiene una evidente incidencia en la dogmática de la causa de justificación en tratamiento y en cada uno de sus requisitos.

22. En primer lugar, se afirma que el principio de autonomía (y su derivado, el de responsabilidad) despliega sus efectos desde el inicio de la relación interpersonal -es decir ya cuando un mal amenaza a alguno-, y hasta el final de la situación de conflicto, con la afectación de la esfera de intereses (de libertad) del responsable o del inocente. Son los responsables por el peligro quienes configuran la situación de necesidad y también el necesitado, con su propia decisión de asumirlo o de desplazarlo. El otro principio fundamental, el de dignidad, empieza a jugar en el segundo momento (M2), esto es cuando el necesitado toma la decisión libre de asumir el peligro como propio o de desplazarlo hacia otro. Su derecho tendrá un contenido y un alcance distintos según se reaccione contra la fuente del peligro (responsable o naturaleza) o contra un inocente. La habilitación será máxima o media en el primer caso y mínima en el segundo, sólo permitida como derecho mínimo en tanto la propia dignidad y/o la propia autonomía del necesitado esté en entredicho y con una intensidad que debe respetar también la autonomía y la dignidad relevantes del tercero inocente.

23. Así, concluimos que si el peligro deriva de o se origina en un responsable pleno o preferente, el necesitado debe dirigir su respuesta hacia la fuente responsable. Si no reconoce responsable detrás o no es posible identificarlo, lo que corresponde es que el necesitado, en tanto *dominus del casus*, lo asuma en su propia persona y no lo reparta o endose a sujetos que ninguna vinculación con el peligro que amenazada ni con la situación de necesidad tienen. Sólo si nada de ello es posible, su propia autonomía esencial o su dignidad están amenazadas y se cumplen las condiciones que le permiten transformar un deber fuerte

en un derecho mínimo, el necesitado podrá descargar su acción de salvaguarda sobre el inocente. Será portador de un derecho muy subsidiario, excepcional y mínimo, como potestad o como facultad y, el inocente tendrá un deber de soportar o de tolerar también mínimo y sólo en tanto no se afecte en forma relevante su autonomía o su dignidad.

24. En cuanto a la cuestión de los bienes o intereses que pueden ser defendidos y afectados en estado de necesidad agresivo, concluimos que debe hacerse una distinción, según se trate de una situación defensiva (legítima defensa y estado de necesidad defensivo) o agresiva (estado de necesidad agresivo). Para los primeros, la extensión es amplia (respetando, por cierto, la subsidiariedad de estas causas de justificación en relación con los medios institucionales de solución del conflicto). No existen en principio límites cualitativos (tipo de bien o interés) pero sí cuantitativos (alcance de la lesión permitida: mediada por la racionalidad en legítima defensa y por la proporcionalidad –mal que se causa a lo menos *algo menor* que el que evita- en el estado de necesidad defensivo). En cambio, en estado de necesidad agresivo existen límites tanto *cuali* como cuantitativos. Respecto de los primeros, los principios de autonomía y de dignidad imponen límites absolutos (prohibiciones de injerencia) sobre bienes personalísimos como la vida, la integridad personal y la libertad relevante, significativa o expresiva. Y sólo se admitirán afectaciones mínimas de, por ejemplo, la libertad, el honor o el patrimonio. Respecto de las cuantitativas, se excluyen las injerencias derivadas de peligros mínimos o insustanciales que amenazan al necesitado y la causación de males para el inocente que supongan una afectación ya mínimamente relevante de su autonomía o de su dignidad.

25. Los requisitos expresamente previstos en nuestra ley son cuatro: a) El “súper requisito” primero: la *existencia de una situación de necesidad* que involucra o integra al *requisito de la necesidad, la existencia de un mal que amenaza y de otro que se causa* y todas las cuestiones a ellos vinculados; b) el de *la ponderación de males*; c) el de *la extraneidad* del sujeto respecto del peligro que amenaza y; d) el *requisito subjetivo*. En varios de ellos pueden hacerse distinciones en tanto se trate de supuestos de necesidad defensiva o agresiva.

26. Por ejemplo, en el requisito de la necesidad (subsidiariedad) el agresivo es súper subsidiario. Lo es de la solución institucional, de la legítima defensa y, por cierto, del estado de necesidad defensivo. Pero también de la posibilidad de que el necesitado resuelva por sí mismo la situación de necesidad que a él amenaza y, por último, si ello resulta posible, de la solicitud al inocente de la prestación que se le demanda. Respecto a la cuestión de la exigencia del *requisito de lo absoluto* en el estado de necesidad, creemos que debe afirmarse

en estado de necesidad agresivo (no debe existir para el necesitado *ninguna otra alternativa* que la afectación, en los términos indicados, de la esfera de libertad del inocente: *necesidad absoluta*). En cambio, no será tan estricto en estado de necesidad defensivo (necesidad o adecuación racional). Por ejemplo, el necesitado podrá causar al otro un daño en sus intereses igual o algo mayor al que amenaza y que, de todos modos, *el mal* sea menor (i.e. mato al perro ajeno que amenaza lastimar al mío).

27. Respecto de la cuestión de la huida o la elusión, concluimos que ella nunca puede ser exigida por el sistema jurídico (sería, ni más ni menos, que ordenar un acto de cobardía) pero sí elegida como una opción posible, aunque no admirable o ponderable, para el afectado. Pero, asimismo, que en estado de necesidad agresivo la huida es, precisamente, una excepción y una opción que debe explorarse como consecuencia del criterio de lo absoluto que exigimos (la huida es una alternativa, y, en este caso preferible que el daño al inocente) y del reconocimiento del alcance mínimo del derecho que al necesitado se le reconoce.

28. Respecto de la cuestión de la imponderabilidad de la vida humana, concluimos que el límite es absoluto sólo cuando el destinatario del ataque es un inocente. Puede eliminarse a otro en legítima defensa y hasta en supuestos de estado de necesidad defensivo si el responsable preferente pone en peligro la vida del otro. Se excluyen los casos injerencias sobre irresponsables (i.e.: inimputables) y, por cierto que no puede accionarse contra el feto ni en forma defensiva (no es responsable de nada), ni en forma agresiva en virtud del límite absoluto que la dignidad impone en tanto ostentamos la condición y la calidad de *persona* desde el instante mismo de la concepción.

29. He tenido que acometer otra tarea muy audaz. La de sugerir (apenas esbozar), una teoría general de los bienes personales ordenado a los dos principios liberales. Ello nos muestra, *en primer lugar* que existen bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados en estructura de necesidad agresiva, ni aún mediando su consentimiento, pero que no existen bienes sujetos a esa prohibición absoluta en supuestos defensivos. *En segundo lugar*, que existen bienes de los que los sujetos pueden ser privados sólo con su consentimiento. En estado de necesidad agresivo, la integridad física, la libertad, el honor, la propiedad (o el patrimonio), por ejemplo. En los supuestos defensivos, la decisión libre del sujeto responsable por el peligro, opera como consentimiento a la respuesta y en la medida que cada una de las estructuras lo permite o habilita. *En tercer lugar*, identificamos bienes de los que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento en beneficio de los otros, siempre que se les procure una compensación adecuada. El espacio de juego de esta categoría en estado de



necesidad agresivo es por demás limitado. Afectaciones mínimas, nunca relevantes, de la libertad o del patrimonio, por ejemplo. En las defensivas, esta categoría no resulta aplicable. El agresor o el *cuasi* agresor no merecen compensación por el daño que irrogan a otro en violación al principio de libertad negativa. Finalmente identificamos una última, *cuarta categoría*: la de bienes de las que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento y sin compensación alguna. En un sistema liberal esta categoría resulta inaceptable para los supuestos de necesidad agresiva.

30. En lo que hace al requisito segundo de la justificante, el de la ponderación de males, despejado el camino sinuoso, poco firme y del todo insatisfactorio que nos proponía el recurso a la teoría del mal menor, los principios de autonomía y de dignidad vuelven a ser nuestros aliados. Nuestra propuesta es que, antes de proceder al juicio, debemos descubrir el vínculo que cada uno de los protagonistas tiene con el peligro y, también con la situación de necesidad. El único que no tiene absolutamente ninguno, es el inocente. Todos los demás son los candidatos preferidos y preferentes para soportar el mal que se causa o el mal que se soporta. Otro de los criterios que considero muy relevante a la hora de ponderar los males, es el examen de la decisión del necesitado al momento de plantear el conflicto. Si lo hace, como debiera, asumiéndolo como *dominus del casus* o derivándolo a su fuente, tendrá con ello (y por ello) mayores posibilidades de defensa que si elige repartir el daño que al él le tocó a esferas que no están inicialmente implicadas (al inocente). Cada una de estas situaciones *suman o restan en la cuenta* de la ponderación de males que debe hacerse. Y el resultado debe ser para el caso del *estado de necesidad defensivo* *la de un mal que se causa a lo menos algo menor que el que se evita*. Y en el *estado de necesidad agresivo*: *mal que se causa sustancialmente menor al que se evita*. La comparación directa de bienes o intereses queda muy relativizada o desplazada. A un tercer lugar, por lo menos. Quien actúa de forma defensiva contará a su favor con un *plus* de daño habilitado por el Derecho del que carece aquel que lo hace de forma agresiva (se contabiliza a su favor el respeto por la separación de esferas de autonomía y la menor alteración del orden o de la paz social, preservación del *statu quo ante*). Puede afectar un bien comparativamente igual o mayor y, aún así, su conducta quedará justificada por necesidad. Ello no será nunca posible de ser afirmado en estado de necesidad agresivo. La afectación típica de un inocente siempre importa un *plus* de *iniuria* en la acción del necesitado y una clara afectación del orden o de la paz.

31. También introducimos lo que creemos resulta una novedad en el análisis del requisito tercero de la justificación por necesidad: en el requisito de la extraneidad. Lo

relevante es que el mal que amenaza no sea a lo menos imputable objetivamente a la esfera del necesitado. Si lo fuera, éste deja de ser extraño al peligro que amenaza (que es lo decisivo, porque recordemos que el necesitado es siempre mínimamente competente por el peligro y no sólo causante sino competente pleno por la situación de conflicto, es decir por la situación de necesidad). En cambio, la ley niega siempre a los *responsables* por el peligro (plenos o preferentes) el recurso a la justificación por necesidad. No tendrán derecho de necesidad, ni máximo, ni medio ni mínimo. Sólo el deber de tolerar la respuesta de aquel implicado por el peligro que han creado o que puede imputárseles.

32. En relación a los requisitos no expresamente previstos en la ley, rechazamos el auxilio de terceros en estado de necesidad agresivo (que jamás ha sido reconocido legislativamente, a pesar de que sí se lo contempla para la legítima defensa). El derecho del necesitado es una facultad o una potestad y sólo él es quien puede transformar el deber en derecho, y asumir las consecuencias. Es que sólo el necesitado es quien tiene *la competencia* para modificar la relación jurídica que hasta entonces lo vincula con el tercero -separación de esferas de autonomía, deber positivo de respeto y deber negativo de no interferencia-, en la medida en que todas las condiciones que lo habilitan a modificar esa relación jurídica se verifiquen existentes. Caso contrario, será incompetente para modificar esa situación o relación inicial. En cambio, por cierto que sí puede un tercero acudir en auxilio defensivo, es decir asistir o sustituir al necesitado en la reacción contra la fuente de peligro que lo amenaza.

33. Se acepta el deber de sacrificio, requisito tampoco previsto expresamente, en la medida en que se compruebe la existencia de racionalidad y de necesidad en la exigencia o en el deber, ambas vinculadas al principio de dignidad. No se puede obligar a sacrificios supererogatorios, desproporcionados o del todo inútiles. Finalmente, en cuanto a la cláusula de adecuación, que algunos reclaman y que se ha incorporado a los últimos Proyectos, la considero sobreabundante. Ya el requisito de necesidad da buena cuenta de ella.

34. Termino entonces diciendo que el permiso del sistema jurídico de estado de necesidad agresivo justificante queda en el lugar entendemos debe tener. Es una expresión (muy) subsidiaria, excepcional y mínima que es la que le corresponde en un sistema liberal de Derecho fundamentado en sus dos postulados centrales: la autonomía individual y la dignidad de la persona humana.

## Bibliografía

AITCHISON, Guy, "Review on *The Right of Necessity: Moral Cosmopolitanism and Global Poverty*" by Alejandra Mancilla", *Ethical Theory and Moral Practice* 20 (2017): 1099-1101).

ALCÁCER GUIRAO, Rafael "Autonomía, solidaridad y deber de socorro (un apunte histórico)", *ADPCP*, Vol. LIII, 2000.

- "Límites al deber de socorro", *Revista General de Derecho Penal*, no. 26, 2016, 1-30.

ALEXANDER, Larry, "Lesser Evils; a close look at the paradigmatic justification", *Law and Philosophy*, (2005) 24:611-643.

- "Against Equality", *University of San Diego, Legal Studies Research Paper Series No. 17-255*, 2016, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2909237](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909237).

ARGIBAY, Carmen, "Estado de necesidad", en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, AA.VV, dir. D. Baigún y E. R. Zaffaroni, Hammurabi, Bs. As. 1997.

ARISTÓTELES, *La política*, Terramar Ediciones, Buenos Aires, 2014.

ASHWORTH, Andrew & HORDER, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2013,

ARRIAGADA, María Beatriz, "Conceptos jurídicos de derecho subjetivo", *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, Nro. 11, 152-162.

BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, ed. Bosch, Barcelona, 1994.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2da. Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

- *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1989.

- *Principios de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Akal Iure, Madrid, 1990.

BAYÓN, Juan Carlos, "Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)", *Doxa* 1986/3, 35 a 54.

BERLIN, Isaiah, *Sobre la libertad*, edición de Henry Hardy, Alianza Editorial, Madrid, 2017.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, 4ta. reimp. Ediar, Buenos Aires, 2003.

BOCKELMANN, Paul-VOLK, Klaus, *Derecho Penal, Parte General*, Grupo Editorial Jurídica Legales. Lima, 2020.

BROAD, C.D., "On the Function of False Hypothesis in Ethics", en *International Journal of Ethics*, 26 n. 3, 1916, 377-397.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

CACHANOSKY, Juan, "Selección de escritos de John Stuart Mill", 1990, *Estudios Públicos*, 37: 269-295.

CARDINI, Eugenio Osvaldo, *Estado de necesidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967.

CARRERAS, Raúl, E, *Las causas de justificación en el Código Penal*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1978.

CARRIÓ GENARO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 5ta. Ed. 2011.

- “Nota Preliminar”, a *Conceptos jurídicos fundamentales*, pp. 7 a 21.

CASSAGNE, Juan Carlos, “El Estado Populista”, IBdef, Buenos Aires, 2018.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, Tecnos, Madrid, 1990.

- “Noción de estado de necesidad como requisito básico de la eximente del n.7 del art. 8 del CPE. Estado de necesidad y colisión de deberes”, en *L.H. a Luis Jiménez de Asúa*, 1986, 200 y ss.).

- “Derecho Penal y Derechos Humanos: experiencia Española y Europea, en *Temas fundamentales de Derecho Penal*, T. I. , Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.

CICERÓN, *Tratado de los deberes*, Editora Nacional, Madrid, 1975, Libro III

Chiesa, Luis, “Caso La Mignonette”, en Sánchez Ostiz Gutiérrez (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2011, 95-109

CLAYTON THOMPSON, Jack, “The Rights Network: 100 Years of the Hohfeldian Rights Analytic”, en *Laws* 2018, 7, 28; doi:10.3390/laws7030028

COBO DEL ROSAL, Manuel – VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 2da. Ed., Valencia, 1987.

COCA VILA, Ivó, *La Colisión de deberes en Derecho Penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016.

- “La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución”, tesis doctoral, UPF, 2016, *passim* (se consultó pues en la edición publicada se omiten ciertos capítulos de interés para mí).

- “Coches auto pilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, (122), 2017, 235- 275. (Existe versión en inglés, “Self-driving Cars in Dilemmatic Situations: An Approach Based on the Theory of Justification in Criminal Law”, *Criminal Law and Philosophy*, 2017, 1 – 24. Disponible online: 05/01/2017. Edición impresa: *Criminal Law and Philosophy*, (12:1), 2018, 59-82.

- “Conflicting Duties in Criminal Law”, *New Criminal Law Review*, (1:22), 2019, 34-72.

- “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, en *InDret* 1/2011, 1- 40.

CÓDIGO DE HAMURABI, ed. de Castro Dassen y González Sánchez (a partir de las traducciones de Scheil), Librería del Jurista, Buenos Aires, 1982.

CONSTANT, Benjamin, «Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos » (pronunciado en el Ateneo de París, 1819), *Revista de Estudios Públicos*, No. 59, invierno de 1995.

- “De l’esprit de conquête et de l’usurpation dans leur rapports avec la civilisation européenne, parte I, Cap. 13 “De l’uniformité”, en “Ecris politiques”, Ed. Marcel Gauchet, Paris, 1997.

CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., Astrea, Buenos Aires, 1990.

- *Derecho Penal, Parte Especial*, 6ta. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.

CULLITY, Garrett, "Review of *The right of necessity* by Alejandra Mancilla", *Ethics* 128, no. 1 (2017): 260-64.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2da. Ed. actualizada, Ed. Jurídica de Chile, 2001.

DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino, Parte General*, Depalma, 2da. ed. Buenos Aires, 1997.

DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 2003.

- *Derecho Penal, Parte Especial*, T. I, 2da. ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003

DONNA, Edgardo Alberto, DE LA FUENTE, Javier Esteban, MAIZA, María Cecilia, PIÑA, Roxana Gabriela, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, T. I arts. 1 a 78, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003.

DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo, "Caso del cobertizo", en Sánchez Ostiz Gutiérrez (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2011, 237 y ss.

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Madrid, 1998.

- *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992.

FEINBERG, Joel, *Harm to others*, Oxford University Press, 1984.

FINNIS, John, "Intention and side effects", en R.G. Frey and C.W. Morris (eds.), *Liability and Responsibility*, Cambridge University Press, 1991.

FISHKIN, James, "Las fronteras de la obligación", en *Doxa* 1986/3, 69 a 82.

FREELAND, Alejandro, "El principio del *casum sentit dominus* y su doble rendimiento: como límite a las posibilidades de acción (propias y ajenas) y como fundamentador de la competencia por el peligro" en AA.VV, *Derecho Penal y Persona, libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez en su 60 aniversario*, coord. García Caveró y Chingüel Rivera, Ed. Ideas, Lima, 2019, p. 367 a 388.

- "Algunas cuestiones relativas a la justificación en el ámbito de la actividad empresarial", en *Derecho Penal Empresario*, AAVV, dir. G. Yacobucci, IB de F, Buenos Aires, 2010, 175-188.

- "Problemas de la legítima defensa, errores y excesos", J.A. 1995-II-287.

- "¿Permiso para contaminar; permiso para matar? Las autorizaciones administrativas y el delito ambiental", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VII, 12, 253-271.

- "Cuando *ignorar* equivale a *conocer*. Apuntes sobre la *doctrina de la ignorancia deliberada* en el Derecho Penal", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, N° 4, 614-635.

- "¡Vengo a ejercer mi derecho a abortar. Médico, proceda ya!" en [www.todo\\_sobre\\_la\\_Corte](http://www.todo_sobre_la_Corte), posteo el 13.3.2012

<http://todosobrelacorte.com/2012/03/13/vengo-a-ejercer-mi-derecho-a-abortar-medico-proceda-ya/>

FRISCH, Wolfgang, "Derecho Penal y solidaridad (a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión de socorro)", trad. de Patricia Ziffer y de Luis Emilio Rojas, *InDret* 4/2016.

FRISTER, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 4ta. ed. a cargo de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal, Parte General*, 3ra. ed., Ideas, Lima, 2019.

GARGARELLA, Roberto, “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”, *Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía*, (4), 2007, 1 a 29

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 1986/3, 17 a 33.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “El estado de necesidad, un problema de antijuricidad”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ra. ed., Tecnos, Madrid, 1990.

- *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Universidad Complutense de Madrid, 1979.

GLANCY, Dorothy “The invention of the right to privacy”, *Arizona Law Review*, vol. 1, 1979, pp. 1 a 39.

GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942.

GROCIO, Hugo, *El Derecho de la Guerra y de la Paz*, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925.

GRONDONA, Mariano, *Los pensadores de la libertad. De John Locke a Robert Nozick*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1987.

GÜNTHER, Hans-Ludwig, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, en AA.VV, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, coord. Santiago Mir Puig y Diego Manuel Luzón Peña, Aranzadi, Madrid, 1995, 45-66.

HARRIS, Marvin, *Cannibals and Kings*, Fontana Collins, 1978.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.

HERRERA, Julio, *La Reforma Penal. Estudio de la Parte General del Proyecto de Código Penal redactado por los Dres. Saavedra, Beazley, Rivarola, Moyano Gacitúa, Piñero y Ramos Mejía*, Librería Imprenta de Mayo, Buenos Aires, 1911.

HILGENDORF, Eric – VALERIUS, Brian, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 2da. Ed. Alemana de Diaz y Sancinetti, Ad Hoc, Buenos Aires, 2017.

HIRSCH, Hans Joachim, “La regulación del estado de necesidad” en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial “Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania”*, Madrid, 1991, 59 a 75.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, trad. de Antonio Escotado, Colección Deusto, Ed. Planeta, Barcelona, 2018,

HOHFELD, Wesley Newcomb, “Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning”, *The Yale Law Journal*, vol. 23, p. 16 y ss., 1913 y vol. 26, pp. 710 y ss. 1917, Connecticut, New Haven.

- *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968. Traducción y “Nota Preliminar”, de Genaro Carrió.

HONORÉ, Tony, “Responsibility for harm to others”, *Legal research paper series*, abril 2014, paper 57/2014, University of Oxford.

JAKOBS, Günther, “Derecho Penal, Parte General”, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1995.

- “Sobre los grados de la incumbencia, reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión” –trad. FEJOO, *RPDJP* 4, 2003.

JANSEN, Corjo “Accidental harm under (Roman) civil law”, en *The Challenge of Chance*, K. Landsman and E. van Wolde (eds.), The Frontiers Collection, 2016, DOI 10.1007/978-3-319-26300\_13, pp. 233 a 247.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, IV, Buenos Aires, 1950.

JUSTINIANO, *Instituciones*, Ed. bilingüe, Heliasta, Buenos Aires, 2005.

KAHN, Paul, *El liberalismo en su lugar*, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2018.

KAISER, Axel, *La tiranía de la igualdad*, Deusto, Barcelona, 2017.

- ¿Qué es libertad? En <https://www.youtube.com/watch?v=FHN04pjpvhE>

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Traducción de Manuel García Morente, Ed. Las Cuarenta, Buenos Aires, 2012

- *Crítica de la razón práctica*, Porrúa, México, 1977

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Los civilistas y las causas de justificación”, en AA.VV, *Código Civil, Comentado, Anotado y concordado*. Belluscio (dir), Zannoni (coord), Astrea, Bs. As., 1984, t. 5, 6-17.

LAPORTA, Francisco, “Algunos problemas de los deberes positivos generales (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés)”, *Doxa*, 1986/3, 55 a 63.

LEGET, Carlo, *Living with God: Thomas Aquinas on the Relation Between Life on Earth and "life" After Death*, Peeters Publishers, Utrecht, 1997.

LENCKNER, Theodor, “The principle of interest balancing as a general basis of justification”, *BYU Law Review*, 1986, issue 3, pp. 644-668.

LERMAN, Marcelo, “Problemas relativos a la regulación legal del estado de necesidad exculpante”, en AA.VV. *Cuestiones problemáticas de estado de necesidad disculpante*, ed. Lerman y Dias, Editores del Sur, Buenos Aires, 2018, 279.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 1973, t. III.

LÓPEZ GIMÉNEZ, José María, recensión a “Dos Conceptos de Libertad y otros escritos de Isaiah Berlin”, *eXtoikos*, Nro. 9, 2013.

LÓPEZ SASTRE, Gerardo, *John Stuart Mill, el utilitarismo que cambiaría el mundo*, La Nación, Colección Descubrir la Filosofía, Nro. 36, Buenos Aires, 2016.

LUZÓN PENA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch. Barcelona, 1978.

- *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3ra. Ed., Tirant Lo Blanch, 2016.

MALAMUD GOTI, Jaime, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Astrea, Buenos Aires, 1977.

MANCILLA, Alejandra, *The Right of Necessity: Moral Cosmopolitanism and Global Poverty*, Rowman & Littlefield, Londres, 2016.

- “When subsistence rights are just claims and this is unjust.” //www.cabridge.org.core. <https://doi.org/10.1017/5026502519000475>
- “Non civil disobedience and the right of necessity, a point of convergence”, *Krisis Journal of Contemporary Philosophy*, 2012, Issue 3, 3-15
- “What we own before property: Hugo Grotius and the *suum*”, en *Academia.edu*.

MAURACH, Reinhardt, *Tratado de Derecho Penal*, trad. por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.

MAURACH, Reinhart – ZIPF, Heinz, *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal, Parte General*, IBdef, Buenos Aires, 2007.

MAYO, Jorge en Bueres-Highton (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A.

MERKEL, Reinhart, “La Filosofía, ¿convidado de piedra en el debate del Derecho Penal?”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Comares, Granada, 2000.

MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

MIGLIORE, Joaquín, “Amartya Sen: La idea de la justicia”, *Revista Cultura Económica*, 29 (81-82), pp. 13-26.

MILL, John Stuart, *On liberty*, Batoche Books, ed. Kichtener, Ontario, 2001.

- *Sobre la libertad*, ed. Akal, Madrid, 2014.
- *El utilitarismo, un sistema de la lógica (Libro VI, capítulo XII)*, Introducción, traducción y notas de Esperanza Guisán, Alianza, Madrid, 2007.
- *Essays on Bentham and Coleridge*, 1838, ed. Jonathan Bennet, 2017

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 10ma. ed. Reppertor, Barcelona, 2016.

- “Problemas de estado de necesidad en el art. 8.7 CP”, en Mir Puig y otros (eds.), *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, Barcelona, 1983, 501 y ss.
- *Función de la pena y teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2da. ed., Bosch, Barcelona, 1982.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “El estado de necesidad como ley general”, *RDPC* número extraordinario 1ro., 2000.

MOLINARIO, Alfredo y AGUIRE OBARRIO, Eduardo, *Los delitos*, T. I, TEA, Buenos Aires, 1996.

MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomassi Editor, Buenos Aires, 1923.

MURPHY, Jeffrie G., “Marxism and Retribution”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 2. No. 3 (Spring, 1973), pp. 217-243.

NAGEL, Thomas, *The possibility of Altruism*, Princeton University Press, 1970.

NEUMANN, Ulfrid, “Necessity/Duress”, *Oxford Handbooks Online*, Boston, 2018, 1-27.



NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

- *La Legítima defensa, fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1982.
- *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- *Introducción al análisis del derecho*, 2da. ed., 14ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires 2007.
- *Ocho lecciones sobre ética y Derecho (para pensar la democracia)*, Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2013.
- “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal, una de las acciones privadas de los hombres?” (*La Ley*, 1979 D, 743-758),

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 2º reimpresión, 1987.

- *Manual de Derecho penal Parte General*, 5ta. ed., actualizada por Roberto Spinka, Lerner, 2009.

NYQUIST, Curtis, “Teaching Wesley Hohfeld’s Theory of legal relations”, *Journal of legal education*, Vol. 52, No. 1/ 2 (March/June, 2002), 238-257.

ORONESCU, Claudina y RODRÍGUEZ, Jorge, “Una revisión de la teoría de los conceptos básicos” en *Revus (online)*, 36 /2018, <http://journals.openedition.org/revus/4481>; DOI: 10.4000/revus.4481.

ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, 2da. ed., Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1996.

OTTO, Harro, *Manual de Derecho Penal. Teoría General del Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2017.

PALERMO, Omar, *La legítima defensa: una visión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006.

PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría del delito y de la pena en un Estado de libertades*, ed. Atelier, Barcelona, 2016.

- “Solidaridad como categoría de legitimación jurídico penal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante” (trad. Coca Vila), *Revista de Estudios de la justicia*, Nro. 26, 2017.
- “Una teoría del estado de necesidad exculpante”, *InDret*, 4/2015.
- *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

PECO, José, *La reforma Penal Argentina de 1917-20 ante la ciencia penal contemporánea y los antecedentes nacionales y extranjeros*, ed. Valerio Abeledo, Editorm, Buenos Aires, 1921.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3ra. ed. actualizada, Dykinson, Madrid, 2019.

PERRON, Walter, “Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán”, en AA.VV, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, coord. Santiago Mir Puig y Diego Manuel Luzón Peña, Aranzadi, Madrid, 1995, 67-86.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, 2004.

PUFENDORF, Samuel, *Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence*, Liberty Fund, Indianapolis, 2009

- *The Whole Duty of Man, According to the law of Nature*, ed. Ian Hunter, and David Saunders, Indianapolis, Liberty Fund, 2003.
- RABOSI, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires, 1976.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.
- *Sobre las libertades*, introducción de Victoria Camps, Paidós/I.C.E.-U.A.B., 1ra. Ed., Barcelona, 1990.
- RIGHI Esteban, *Antijuridicidad y Justificación*, Ed. Lumiere, Buenos Aires, 2002.
- RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- ROBINSON, Paul & CAHILL, Michael, *Criminal Law*, 2nd. Ed., Wolters Kluwer, 2012
- ROBLES PLANAS, Ricardo, “Introducción a la edición española” de la AAVV *Dogmática de los límites al Derecho Penal*, ed. Atelier, Barcelona, 2013.
- “Deberes positivos y negativos en Derecho Penal”, en *Estudios de Dogmática Jurídico Penal*, IBdef, Buenos Aires, 2015, pp. 103 a 129.
- “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 a Santiago Mir Puig*, La Ley, 2010, pp. 445 a 473.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética General*, 6ta. Ed. Universidad de Navarra S.A., 2010.
- ROJAS, Emilio, “Delitos de omisión, entre libertad y solidaridad”, *Política Criminal*, volumen 13 No.26 (dic. 2018), 682-738.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2da. ed. alemana y notas a cargo de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, *InDret*, no.4, 2012.
- *Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, traducción a cargo de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992.
- RUÍZ SANJUÁN, César, “Estudio preliminar” a *Sobre la libertad*, de J.S. Mill, Akal, Madrid, 2014, 5 a 38.
- RUSCONI, Maximiliano, “*La justificación en el Derecho penal*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.
- SALVADOR CORDECH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *InDret* 1/2005.
- SAMPAY, Arturo, *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, 4ta. Ed. reimpresión, Madrid, 2001.

SAN AGUSTÍN, *De la naturaleza del bien*; Obras de San Agustín, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1971.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal, un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho Penal, Parte General*, (con la colaboración de Günter Stratenwerth y de Patricia Ziffer), 3ra. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

SANTIAGO, Alfonso, “El concepto de bien común en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina”, *La Ley*, t. 192, 851-879.

SAUER, Guillermo, *Derecho Penal (Parte General)*, trad. de Juan del Rosal y José Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956.

SCHAUER, Frederick, “Hohfeld’s First Amendment”, *The George Washington Law Review*, June 2008, vol. 76 No. 4, 914 a 932.

SEN, Amartya, *La libertad individual como compromiso social*, Ed. Abya-Yala, Ecuador, 1999.

- “¿Igualdad de qué?”, en AA.VV., *Libertad, igualdad y derecho*, Planeta Agostini, Colección Obras Maestras del pensamiento contemporáneo, Nro. 98, Barcelona, 1994, 133-156.

SHAKESPEARE, William, *Macbeth*, edición bilingüe del Instituto Shakespeare de Madrid, Cátedra, 12ª ed., Madrid, 2010, con introducción de Manuel Ángel Conejero Dionís-Bayer y Jenaro Talens.

- *Hamlet*, edición bilingüe del Instituto Shakespeare de Madrid, Cátedra, 13ª ed., Madrid, 2008, con Introducción de Carlos Pérez Gallego.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, ADPCP, t.35, no.3, 1982, 663-691.

- *El estado de necesidad en Derecho Español*, tesina para obtener el título de licenciado en Derecho (inérita).
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2da. ed, IBdf, Montevideo, 2010.
- *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2da. ed., 2001.
- *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Revista Discusiones*, N° 7, Edius, Córdoba, 2007 y en LH-Rodríguez Mourullo, 1007 y ss.
- “Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuricidad”, ADPCP, t. 40, no.3, 1987, 647-663.
- *El delito de omisión, concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986 y 2da. ed., IBdF, Buenos Aires, 2003.
- “La legítima defensa que recae sobre tercero”, *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, AA.VV, Universidad Autónoma de Madrid, Vol. I, 785-798.
- “Permisos y deberes en la defensa de terceros. Un análisis previo y disidente”, *Estudios jurídico penales y criminológicos, Libro homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson S.L., Madrid, 2018, 629-645.
- “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Madrid 1999.

- ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, *InDret*, 3/14.
- “Patologías del dolor penal”, *InDret* 1/15.
- “Protesta”, *InDret* 4/19.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLANAS, Ricardo y PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Estudio Introductorio”, *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un sistema de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, CORCOY, Mirentxu; BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Sistema de Casos prácticos de Derecho Penal –Parte General- con soluciones*, ed. Bosch, Barcelona, 1993.

SIMONE, Osvaldo Blas, *Compendio de Derecho de la Navegación*, 2d. ed, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1996.

SINGER, Joseph, “The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld”, 1982, *Wis. L. Rev.*, 975.

SINGER, Peter, *Ética Práctica*, Ariel, Barcelona, 3ra. ed. 1991.

- “Famine, Affluence and Morality”, *Philosophy and Public Affairs* 1, no.3 (1972), 229-243.

SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, Tenth edition, Butterworths, London, 2002.

SMITH, Patricia, “Individualism and Social Responsibility; Reflections on recent work by French and May”, *Social Theory and Practice*, Fall 1994; 20,3; ProQuest, pp. 363-380.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4ta. edición, 8va. reimpresión Tea, Buenos Aires, 1978.

SOWELL, Thomas, *The quest for Cosmic Justice*, Free Press, New York, 2002.

- <https://www.tsowell.com/spquestc.html>

- <https://www.hoover.org/research/quest-cosmic-justice>

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, “The Form of Rights: The Hohfeldian Analytical System, Rights section 2.1”, <https://plato.stanford.edu/entries/rights/#2.1>

STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, I, Edersa, Madrid, 1982.

TEJEDOR, Carlos, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Buenos Aires, 1866, Imprenta del Comercio del Plata, Calle de la Victoria 87.

V. FEUERBACH, Anselm, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 14ª Ed. Alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires. 1989.

VARGAS LLOSA, Mario, *La llamada de la tribu*, Alfaguara, Buenos Aires, 2018.

VILLEGAS, Justo; UGARRIZA, Andrés y GARCÍA, Juan Agustín, *Proyecto de Código Penal, presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el Proyecto del Dr. D. Carlos Tejedor*, Buenos Aires, Imprenta el Nacional, 1881.

VON DER PFORTEN, Dietmar, “On the dignity of man in Kant”, *Philosophy*, Vol. 84, No. 329, July 2009, 371-391.

VON HIRSCH, Andreas, “Criminalizing Failure to Rescue: a Matter of Solidarity or Altruism?”, en AA.VV *Crime, Punishment and responsibility*, Oxford University Press, 2011, 241-253.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, 44 ed., Traducida de la 20ª ed. Alemana por Luis Jiménez de Asúa. Reus, Madrid, 1999.

VON WEBER, Hellmut, *Lineamientos del Derecho Penal Alemán*, (traducción de la 2da. ed. alemana de 1948 a cargo de Leonardo Brond, revisada y prologada por Eugenio R. Zaffaroni), Ediar, Buenos Aires, 2008.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 11ra. ed., 4ta. en español, 2014, Santiago de Chile.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut, *Derecho Penal Parte General*, Instituto Pacífico, 2018, Lima.

WILENMANN, Javier, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

- “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal”, *InDret*, 3.2014.

YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, reimpresión, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2017.

ZIFFER, Patricia, “Acerca del *resurgimiento* del retribucionismo”, *En Letra, Derecho Penal*, Año IV, número 6, 30-51.