

Justificación penal, sacrificio y unas abejas

MARTA PANTALEÓN DÍAZ

Profesora Ayudante de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid*

*Para Ivó Coca, por la inspiración,
y para Carlos Castellví, por el título.*

RESUMEN

En este artículo se defiende la tesis de que los llamados «deberes de tolerancia» de los perjudicados por el conflicto son una pieza innecesaria en la construcción teórica de las causas de justificación jurídico-penales. La teoría penal de la justificación no debe cargarse con la tarea de fundamentar tales deberes, sino únicamente la permisión de la conducta del autor. Una construcción de las causas de justificación simplificada en estos términos no cuenta únicamente con la virtud de su sencillez, sino también con ventajas prácticas en la solución de determinados grupos de casos. Los «deberes de tolerancia» sí son, en cambio, un elemento nuclear de otra construcción teórica: la de la responsabilidad civil por sacrificio; la forma de responsabilidad reconocida en artículos como el 612 CC o el 118.1.3.ª CP.

Palabras clave: *causas de justificación, deberes de tolerancia, responsabilidad civil por sacrificio, conflictos existenciales, estado de necesidad, derribo de aviones, triaje.*

* Agradezco a los Profs. Enrique Peñaranda, Fernando Pantaleón y Leopoldo Puente, y a Diego Sobejano su cooperación necesaria, como siempre, en el desarrollo y culminación de este trabajo. También a los Profs. Ivó Coca y Carlos Castellví, a los que va dedicado, así como a los/as evaluadores/as anónimos/as de esta revista, por su atenta lectura y sus profundos y valiosos comentarios sobre el fondo. Aunque la extensión (ya desmesurada) del trabajo ha hecho imposible hacerles justicia a todos ellos, han contribuido enormemente a su mejora y, sobre todo, a estimular mi reflexión sobre el tema y acrecentar mis dudas de cara a una discusión que, confío, seguirá abierta mucho tiempo. Gracias, por último, a Emilia Sobejano por dormir lo suficiente para permitir a su madre seguir escribiendo.

ABSTRACT

In this paper it is argued that the so-called «tolerance duties» of the injured parties of a conflict are an unnecessary piece in the theoretical construction of justifications in criminal law. The criminal theory of justification should not be concerned with substantiating such duties, but only the permissibility of the perpetrator's conduct. A construction of justifications simplified in this manner does not only have the virtue of simplicity, but also practical advantages in the resolution of several groups of cases. «Tolerance duties» are nonetheless a nuclear element of another theoretical construction: that of sacrifice-based civil liability; the form of liability recognised in rules like article 612 of the Spanish Civil Code or article 118.1.3.^a of the Spanish Penal Code.

Keywords: justifications, tolerance duties, sacrifice-based civil liability, existential conflicts, necessity, shooting planes down, triage.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Dos paradigmas de la justificación jurídico-penal. 1. El paradigma interpersonal. 2. El paradigma jurídico-público.–III. Defensa del paradigma jurídico-público. 1. Las implicaciones prácticas en casos normales. 2. La compatibilidad con el Derecho positivo. 3. La elegancia teórica: *entia non sunt multiplicanda*.–IV. El lugar del paradigma interpersonal: hacia una teoría de la responsabilidad civil por sacrificio.–V. Implicaciones en dos casos «de vida o muerte». 1. Derribo de aviones secuestrados. 2. Triage sanitario.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 612 CC establece, en su párrafo primero, que «el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de este el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él»(1). El precepto tiene como objeto regular el siguiente fenómeno

(1) Continúa el precepto: «Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo. El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado». Estas precisiones adicionales tienen cierta importancia para el estudio de la (pérdida de) la propiedad de los animales y su adquisición por ocupación –desde esta perspectiva, vid., por todos, PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1556-1558–

natural: en determinadas épocas del año –en España, entre febrero y marzo, según las localidades– las colmenas reanudan su actividad tras el invierno, de forma que las abejas se multiplican, nacen reinas y se forman nuevos enjambres que abandonan las colmenas-madre para formar colonias en otros lugares. Aunque a veces el apicultor propietario del enjambre original consigue capturar de inmediato el nuevo enjambre e introducirlo en una colmena, esto no siempre sucede, y de ahí que las abejas puedan escapar a los fundos vecinos(2).

Pese a lo que quizás pudiera inferirse de la ingente cantidad de «humor jurídico» al que ha dado lugar la existencia de este precepto(3), el artículo 612 CC no es en absoluto una idiosincrasia española, sino más bien signo de una época, la de la codificación decimonónica, en la que la apicultura moderna estaba alcanzando su apogeo. Sin precedentes, hasta donde alcanzo, en el Proyecto de García Goyena (1851), el precepto tiene su origen en el artículo 609 del Anteproyecto del Código Civil español de 1882-1888: prácticamente una traducción del artículo 713 del Código Civil italiano de 1865(4), a su vez inspirado en el artículo 384 del Código Civil austriaco de 1811(5), que había estado vigente en Lombardía-Venecia desde 1815(6); pudiendo, sin embargo, rastrear sus orígenes (modernos) más remotos hasta el *Allgemeines*

y para el análisis de su contracara jurídico-penal: el ámbito típico del artículo 254 CP (¿comete el delito, por ejemplo, el apicultor que caza en su propio fundo el enjambre de abejas que ha escapado del de su vecino, cuando este no ha cesado de perseguirlo?). Su relevancia para la teoría jurídico-penal de la justificación es, sin embargo, hasta donde alcanzo, nula, por lo que no les prestaré mayor atención en este trabajo.

(2) PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1556; POLO TORIBIO, 2001, p. 212.

(3) Cualquier lector de este trabajo que haya estudiado Derecho en una universidad española sabe a lo que me refiero. En cualquier caso, por poner solo un ejemplo, bajo el eslogan «Lleva en tu móvil el artículo más “importante” del Código Civil, el 612» en Internet se venden por aproximadamente quince euros carcacas de teléfono ilustradas con la imagen de un muchacho persiguiendo a una abeja (<https://tienda.juristaenloquecido.com/producto/articulo-612-cc/?v=6351aefd1e5e>).

(4) «Ogni proprietario di sciami di api ha diritto d’inseguirli sul fondo altrui, ma deve risarcire il danno cagionato al possessore del fondo: quando il proprietario non li abbia entro due giorni inseguiti od abbia cessato durante due giorni d’inseguirli, può il possessore del fonde prenderli e ritenerli. Lo stesso diritto spetta al proprietario di animali mansuefatti [...]; ma essi appartengono a chi gli avrà presi e ritenuti, se non sono reclamati entro venti giorni».

(5) «Häusliche Bienenschwärme und andere zahme oder zahm gemachte Thiere sind kein Gegenstand des freyen Thierfanges, vielmehr hat der Eigenthümer das Recht, sie auf fremdem Grunde zu verfolgen; doch soll er dem Grundbesitzer den ihm etwa verursachten Schaden ersetzen. Im Falle, daß der Eigenthümer des Mutterstockes den Schwarm durch zwey Tage nicht verfolgt hat; oder, daß ein zahm gemachtes Thier durch zwey und vierzig Tage von selbst ausgeblieben ist, kann sie auf gemeinem Grunde jedermann; auf dem seingigen der Grundeigenthümer für sich nehmen, und behalten».

(6) POLO TORIBIO, 2001, pp. 212, 214.

Landrecht prusiano de 1792(7). También el Código Civil chileno de 1855(8), el argentino de 1869(9), el alemán de 1900 (BGB)(10) o el suizo de 1907(11) contienen regulaciones similares.

Aunque el artículo 612 se ha tildado no pocas veces de anacrónico y se presenta a menudo como una de las mejores muestras de que el Código Civil español necesita una reforma para «adaptarlo a nuestro tiempo»(12), lo cierto es que *todos* los homólogos del precepto en el

(7) § 121: «Auf zahme Bienenschwärme hat der Eigenthümer des Mutterstocks ein ausschließendes Recht». § 122: «Er kann die schwärmenden Bienen auch auf fremden Grund und Boden verfolgen und daselbst einfangen». § 123: «Doch muß er dem Eigenthümer des Grundes und Bodens für alle bey solcher Gelegenheit verursachte Beschädigungen gerecht werden». § 124: «So bald der Eigenthümer des schwärmenden Stocks die Verfolgung gänzlich aufgegeben hat; ist der Eigenthümer des Grundes und Bodens, auf welchem der Schwarm gefunden wird, denselben einzufangen berechtigt».

(8) Artículo 620: «Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas, y de los panales fabricados por ellas, con tal que no lo hagan sin permiso del dueño en tierras ajenas, cercadas o cultivadas, o contra la prohibición del mismo en las otras; pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas».

(9) Artículo 2545: «Las abejas que huyen de la colmena, y posan en árbol que no sea del propietario de ella, entiéndese que vuelven a su libertad natural, si el dueño no fuese en seguimiento de ellas, y sólo en este caso pertenecerán al que las tomare». Artículo 2546: «Si el enjambre posare en terreno ajeno, cercado o cultivado, el dueño que lo persiguiese no podrá tomarlo sin consentimiento del propietario del terreno».

(10) § 961 Eigentumsverlust bei Bienenschwärmen: «Zieht ein Bienenschwarm aus, so wird er herrenlos, wenn nicht der Eigentümer ihn unverzüglich verfolgt oder wenn der Eigentümer die Verfolgung aufgibt». § 962 Verfolgungsrecht des Eigentümers: «Der Eigentümer des Bienenschwarms darf bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten. Ist der Schwarm in eine fremde nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen, so darf der Eigentümer des Schwarmes zum Zwecke des Einfangens die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Er hat den entstehenden Schaden zu ersetzen».

(11) Artículo 719.3: «Les essaims d'abeilles ne deviennent pas choses sans maître par le seul fait de pénétrer dans le fonds d'autrui».

(12) Para muestra, un botón: «Frente a los cambios espectaculares que el conocimiento científico sobre los animales habría aportado en los dos siglos inmediatamente anteriores, el Derecho de los animales cosas mantiene regulaciones sustancialmente idénticas a las que habían servido a la sociedad romana y a la sociedad medieval, cuando dominaban las exposiciones especulativas y los bestiaros. Los antecedentes de las regulaciones del Código Civil tienen ese entronque romano y medieval evidente. Como se han mantenido sin modificación, aún hoy es posible encontrar en los artículos del Código las preocupaciones bucólicas y agrarias de una época que ha perdido su vigencia. La obsolescencia y el pintoresquismo de algunas de las regulaciones del Código se ha hecho, de este modo, palmaria» (MUÑOZ MACHADO, 1999, p. 48, que en ibíd, pp. 56-57 extiende expresamente estas acusaciones de bucolismo, obsolescencia y pintoresquismo al artículo 612 CC, y hasta a sus comentaristas). También resulta bien elocuente en cuanto al sentir general de la doctrina la

Derecho comparado que he citado en el párrafo anterior *siguen vigentes*, habiéndose mantenido incluso en ordenamientos en los que se ha llevado a cabo un proceso de recodificación civil más o menos reciente(13). Y debo decir que si a nuestros representantes políticos se les ocurre algún día dejar de «modernizar» el Código Penal –ya van cuarenta reformas desde 1995– y hacer lo propio con el Libro III del Código Civil, no serán los (¿pocos?) apicultores en España(14) los únicos que deseen la conservación de un artículo con cierta importancia práctica para el sector y un enorme valor (sentimental y) teórico para los juristas.

El 612 es mi artículo favorito del Código Civil. Y no lo es solo por encantador(15), sino más bien por ser la manifestación más encantadora –y, teniendo en cuenta sus orígenes en el *Landrecht* prusiano, probablemente una de las más antiguas– de la responsabilidad civil «cuasiexpropiatoria» o «por sacrificio»(16); una forma de responsabilidad civil extracontractual que, a diferencia de la responsabilidad civil por culpa (art. 1902 CC) y la «objetiva»(17) o «por riesgo», se

ausencia de cualquier precepto equivalente en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

(13) El tenor del artículo 924 del Código Civil italiano de 1942, actualmente vigente, es casi idéntico al del antiguo artículo 713: «Il proprietario di sciami di api ha diritto di inseguirli sul fondo altrui, ma deve indennità per il danno cagionato al fondo; se non li ha inseguiti entro due giorni o ha cessato durante due giorni di inseguirli, può prenderli e ritenerli il proprietario del fondo». Por su parte, el recentísimo Código Civil y Comercial de la Nación (argentina) establece en su artículo 1950 que «el dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueño de éste».

(14) Apunta ROGEL VIDE, en este sentido, que «parecería [...] que el asunto de las abejas y el de la propiedad de las mismas es un tema de tiempos pasados no siéndolo en cambio en modo alguno. España es, en efecto y en la actualidad, el mayor productor europeo de miel, contando, en el año 2011 y por cuanto me resulta, con más de 26.000 colmenas (un tercio de las cuales está en Galicia –en Lugo, fundamentalmente–). En dicho año, la producción de miel superó los 300.000 kilos, con un valor en euros de 2.200 millones, que no son moco de pavo precisamente» (2017, pp. 9-10).

(15) A encantador probablemente le gana su «vecino», el artículo 613: «Las palomas, conejos y peces que de su respectivo criadero pasaren a otro perteneciente a distinto dueño, serán de propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio o fraude».

(16) Así, BUSTO LAGO, 1998, p. 167; y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 205-206.

(17) Esta etiqueta, por más que firmemente asentada en la jerga del Derecho de daños, confunde, a mi juicio, más de lo que aclara. Si por «responsabilidad objetiva» se entiende, como es habitual entre los penalistas, responsabilidad *sin culpabilidad* –sin necesidad de que el hecho lesivo pueda reprocharse personalmente al dañante como obra suya–, entonces *todas* las formas de responsabilidad civil son «objetivas». Y es que la «culpa o negligencia» a la que se refiere el artículo 1902 CC no requiere nada más que la superación del riesgo de dañar considerado (intersubjetivamente)

encuentra inexplicablemente infraestudiada⁽¹⁸⁾ y que, como penalista, me interpela especialmente. Se trata de una responsabilidad civil por daños derivados del sacrificio intencional y *justificado* de intereses que el perjudicado *no tiene el deber de soportar*.

A muchos de mis lectores, especialmente si se dedican al Derecho penal, esto que acabo de decir les parecerá, seguramente, poco menos que un oxímoron: ¿justificación sin deber de tolerancia? Esta es, precisamente, la razón por la que la forma de responsabilidad civil contemplada en el artículo de las abejas me interpela especialmente como penalista: creo que se puede hacer una mejor teoría de la justificación penal si se *complementa* con una teoría paralela de la responsabilidad civil por sacrificio que si se intenta, como hace (consciente o inconscientemente) buena parte de la doctrina, *integrar* la idea de sacrificio en una suerte de teoría general de la justificación con aplicación jurídico-penal. Esto es, al menos, lo que voy a tratar de demostrar en este trabajo.

tolerable en un concreto sector del tráfico. Sobre ello, vid., con mayor detalle y ulteriores referencias, PANTALEÓN DÍAZ, 2022, núm. 14 del resumen introductorio. Pero, contra lo que parece poder extraerse de la mayoría de los planteamientos doctrinales en la materia, la ambigüedad del calificativo tampoco se arregla precisando que «responsabilidad objetiva» equivale a responsabilidad *sin culpa o negligencia*, pues este tampoco es un rasgo exclusivo de la responsabilidad civil por riesgo: lo comparte, precisamente, con la responsabilidad civil por sacrificio.

(18) Reconocer la autonomía de este criterio de imputación de responsabilidad civil respecto de la culpa o el riesgo resulta habitual en la doctrina germánica, que, sin embargo, suele prestarle una atención mucho más reducida que la que dedica al resto de formas de responsabilidad civil; vid., p. ej., JANSEN, 2003, pp. 15-18; EL MISMO, *OJLS*, *passim*, esp. pp. 240, 243-244; KOZIOL, 2012, p. 238; o GRUNDMANN, 2019 nm. 39. En España, incluso lo primero resulta francamente excepcional. Hasta donde alcanzo, no llegan a la decena los autores que consideran el sacrificio justificado de intereses un criterio autónomo de imputación de responsabilidad civil; he aquí la lista de honrosas excepciones: PANTALEÓN PRIETO, *DA*, pp. 247-248, 250, 253; EL MISMO, *AFDUAM*, p. 178; SALVADOR CODERCH, 1997, núm. 10 (p. 104); BUSTO LAGO, 1998, pp. 165-172, 191-192; QUINTERO OLIVARES, 2002, pp. 153-154; GONZÁLEZ POVEDA, 2008, pp. 701-702; DÍEZ PICAZO, 2011, pp. 51-52; MEDINA CRESPO, 2015, 93-99; y MEDINA ALCOZ, 2018, p. 87. No es sorprendente, por tanto, que tampoco en nuestro país la responsabilidad por sacrificio haya sido objeto de una elaboración dogmática suficiente. Pero es más: partiendo de la base de que ningún manual español de Derecho de daños le dedica siquiera un capítulo a este criterio de imputación (que, por supuesto, tampoco figura, junto a la culpa y el riesgo, en los planes de estudio) es perfectamente plausible que un estudiante se gradúe en Derecho sabiendo que «el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado», pero sin tener la más remota idea de la naturaleza jurídica y el fundamento de tal indemnización. En la doctrina anglosajona, la situación es bastante similar a la española (aunque cf. el excelente trabajo, aún inédito, de STEEL, 2022).

Para ello, comenzaré presentando una visión particular del estado de la discusión jurídico-penal en esta materia, distinguiendo dos grandes paradigmas teóricos: el interpersonal, que integra en la teoría penal de la justificación el deber del perjudicado por el conflicto de tolerar el sacrificio de sus intereses, y el jurídico-público, que renuncia a ello (apartado II). Acto seguido, defenderé la superioridad del paradigma jurídico-público, argumentando que, aunque ambos paradigmas permiten alcanzar soluciones sensatas para los grupos de casos más relevantes en la práctica y son compatibles con el Derecho positivo, el interpersonal es una teoría innecesariamente compleja para la resolución de problemas *penales* (apartado III). Sostendré, no obstante, que el paradigma interpersonal de la justificación sienta unas bases inmejorables para el emprendimiento de una tarea no menos importante: la construcción de una teoría de la responsabilidad *civil* por sacrificio, complementaria a la teoría penal de la justificación (apartado IV). Luego trataré de mostrar las ventajas que presenta, desde el punto de vista práctico, la forma de ver las cosas defendida en este trabajo, cuando se aplica a dos de los grupos de casos –afortunadamente raros– en los que los paradigmas interpersonal y jurídico-público de la justificación penal conducen a conclusiones divergentes (apartado V). Finalmente, realizaré una breve recapitulación de las conclusiones del artículo (apartado VI).

II. DOS PARADIGMAS DE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL

El tema de los llamados «deberes de tolerancia» o «de sacrificio» no ha sido tradicionalmente uno de los que han dominado la discusión en el ámbito de la teoría general de la justificación jurídico-penal. El debate, por el contrario, ha tendido a girar en torno a dos grandes polos. Por un lado, se ha discutido hasta la saciedad la relación que guardan entre sí las categorías de la atipicidad –especialmente, de la atipicidad por riesgo permitido, en el marco de la teoría de la imputación objetiva– y de la justificación. ¿Se trata de dos niveles separados e independientes de la teoría del delito o son las causas de justificación «elementos negativos del tipo»(19)?

(19) Las coordenadas básicas de esta discusión (y hasta las no tan básicas) pueden encontrarse en cualquier manual de teoría jurídica del delito. Vid., p. ej., LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 153-154; MIR PUIG, 2016, pp. 167-170; o ROXIN y GRECO, 2020, pp. 388-392; Para un examen en mayor profundidad, vid. por todos, RENZIKOWSKI, 1994, pp. 124- 237; y SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 523-540.

Por otro lado, se ha debatido mucho también el problema del fundamento de las causas de justificación; una cuestión que guarda, en realidad, una gran proximidad con la anterior: la inmensa mayoría de la doctrina admite sin reparos una fundamentación utilitarista de la atipicidad por riesgo permitido. Cuando decimos que conductas como conducir reglamentariamente crean un riesgo permitido de matar, de lesionar, etcétera, condensamos el resultado de una ponderación de todos los intereses en juego, en el sentido de que (mientras se circule de forma respetuosa con las reglas del tráfico) los beneficios sociales de la conducción superan los costes que tiene esta actividad en términos de muertes y lesiones en accidentes de circulación(20). La pregunta sobre la que se sigue discutiendo muy intensamente es: ¿son suficientes esta clase de argumentaciones utilitaristas para fundamentar también la justificación por legítima defensa, estado de necesidad, etcétera? ¿O hacen falta fundamentaciones más sofisticadas(21)?

Tengo para mí que ambas cuestiones se encuentran mediadas por una discusión algo más abstracta, que enfrenta, por así decirlo, dos grandes «paradigmas» sobre la justificación penal, a los que me voy a referir en adelante como el paradigma «interpersonal» y el paradigma «jurídico-público»(22). Los deberes de tolerancia son, según creo, la piedra de toque de esta discusión, que a su vez condiciona, como he señalado, las dos anteriores. La presentación de ambos paradigmas –y de sus respectivas implicaciones– a la que se dedican los epígrafes siguientes incurriré, como cualquier clasificación que pretenda tener alguna utilidad analítica, en generalizaciones más o menos amplias: no podré hacer justicia a los planteamientos individuales de todos los autores que se han pronunciado sobre el objeto de estudio; objetivo que (de ser alcanzable) sin duda requeriría una larga monografía. A cambio, espero haber conseguido perfilar una dicotomía que permita a todos ellos considerarse próximos a alguno de los dos polos y (sobre todo) una en la que tales extremos no sean, como tantas veces

(20) Así, paradigmáticamente, FRISCH, 2004, *passim* (y ya de forma incipiente EL MISMO, 1983, pp. 139-140, 156-159); y PAREDES CASTAÑÓN, 1995, *passim*. Ulteriores referencias en PANTALEÓN DÍAZ, 2022, núm. 185 del capítulo 2.

(21) En otras palabras, ¿pueden reconducirse todas las causas de justificación al principio del interés preponderante? De nuevo, las líneas fundamentales de la discusión pueden encontrarse, p. ej., en JAKOBS, 1991, pp. 349-351; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 334; o ROXIN y GRECO, 2020, pp. 730-733.

(22) La distinción se encuentra ya claramente apuntada en ROBLES PLANAS, 2010, pp. 460-461, aunque el autor no emplea esta terminología y considera ambas posiciones «no necesariamente opuestas, sino en buena medida complementarias» (p. 461). También parece considerarlas compatibles, e incluso mutuamente enriquecedoras, CUELLO CONTRERAS, *InDret*, *passim*.

sucede, exageradas caricaturas de las posiciones más radicales sostenidas en el debate.

1. El paradigma interpersonal

El paradigma de la justificación penal al que se dedica este apartado es, hoy en día, ampliamente mayoritario entre los monografistas que han abordado este objeto de estudio(23). El hecho de que casi todos estos autores hayan llevado esta construcción a sus últimas consecuencias y la hayan tratado, además, casi siempre en trabajos monográficos sobre el tema hace que resulte muy fácil perfilar el paradigma y sus implicaciones en sus líneas más generales. Estos autores conciben las causas de justificación como *mecanismos de resolución justa de conflictos entre los intereses de dos o más personas*, en situaciones en las que no todos los intereses en juego pueden salir incólumes(24). Ante esta circunstancia, el Derecho *tiene que tomar partido* en el conflicto: tiene que decidir cuáles de los intereses en conflicto deben salvarse y cuáles, por el contrario, han de resultar sacrificados. De este modo, cuando el Derecho autoriza a Ana a lesionar justificadamente los intereses de Beatriz para salvar los suyos propios, no se limita a establecer que Ana no será castigada por comportarse de esta forma, sino que impone además a Beatriz el deber de *no interferir* en la

(23) A grandes trazos, y centrándome solo en la doctrina más o menos reciente, diría que su «árbol genealógico» comienza en Alemania con Jakobs, aunque (como me advirtió uno de los evaluadores de esta revista) sus orígenes se encuentran ya claramente perfilados en STRATENWERTH, *ZStW*, *passim*, esp. pp. 50-65, y su desarrollo más extenso se debe a penalistas de la siguiente generación: su discípulo Pawlik, y Greco en Alemania; y Baldó Lavilla, Silva Sánchez y Robles Planas en España. En el concreto planteamiento de Silva Sánchez, puede constatar, sin embargo, una interesante evolución. Los primeros trabajos del autor sobre este tema –y, todavía, la segunda edición de su *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*– se encuentran, a mi juicio, más próximos al paradigma jurídico-público de la justificación que al interpersonal, como lo estaba también la postura de su maestro, Mir Puig; vid. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, *passim*; EL MISMO, 2012, pp. 607-614, 634-644, 667-670. Sin embargo, sus contribuciones más recientes al respecto (únicas citadas en este apartado) se encuentran claramente en la línea del paradigma interpersonal; una posición en la que, si no me equivoco, Silva Sánchez se ha mantenido hasta la fecha. Hasta donde alcanzo, el punto de inflexión entre una y otra postura se encuentra en SILVA SÁNCHEZ, 1999. Entre los penalistas más jóvenes, han seguido esta estela algunos enormemente prometedores. Aquí resulta imprescindible la cita de autores como Coca Vila y Wilenmann.

(24) Como señala ROBLES PLANAS, una teoría de la justificación de esta clase «es sobre todo una teoría de la legitimación intersubjetiva de los deberes de soportar injerencias y pérdidas» (2010, p. 450). Se trata, en palabras de JAKOBS, de «distribuir [entre varios particulares] las cargas de la solución de un conflicto social» (1991, p. 386).

acción salvadora de Ana, aunque ello conduzca a la pérdida de sus propios bienes(25).

Esto es lo que se conoce como un «deber de sacrificio» o «de tolerancia» y es, de acuerdo con este paradigma, *lo específico de la justificación* tanto frente a la atipicidad como frente a la exculpación(26). Frente a la creación de un riesgo permitido para ciertos bienes puede haber una reacción justificada por estado de necesidad agresivo para salvar intereses de mayor valor. También cabe legítima defensa o, como mínimo, estado de necesidad defensivo frente a las conductas ilícitas llevadas a cabo sin culpabilidad(27). Pero no resulta posible reaccionar justificadamente frente a conductas también justificadas: no cabe legítima defensa contra legítima defensa, ni estado de necesidad contra legítima defensa, ni estado de necesidad contra estado de necesidad... Y así hasta agotar todas las combinaciones posibles.

Esto tiene una enorme importancia en el plano de la legitimación, pues, cuando se trata de fundamentar una causa de justificación, no se le debe únicamente *a la sociedad* una explicación de por qué la lesión

(25) Sobre la naturaleza de este (supuesto) deber, su contenido y las consecuencias de su incumplimiento, vid., en detalle, SILVA SÁNCHEZ, 2005, *passim*, esp. pp. 1023-1027 (y más escuetamente, EL MISMO, 2019 pp. 794-795); y MAÑALICH RAFFO, 2013, *passim*, esp. pp. 237-240.

(26) Así, SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 155, 168, 169; EL MISMO, 2013, p. XV. Como señala WILENMANN, desde esta perspectiva, «[a]quellos que permite agrupar unitariamente a todas las causas de justificación son [...] características relativas a sus efectos; estas constituyen siempre una situación normativa compleja caracterizada a partir de dos normas de comportamiento: un permiso de acción (sea ya en sentido débil) por parte del agente (o una liberación de actuar en caso de delitos de omisión) y un deber de tolerancia del destinatario de la acción» (2017, p. 57).

(27) Aunque la doctrina mayoritaria considera que para la legítima defensa basta una agresión antijurídica, una minoría muy cualificada requiere también la *culpabilidad* de la agresión. Así, p. ej., JAKOBS, 1991, pp. 385-389; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, 2013, pp. 16, 26; EL MISMO, 2020, pp. 183, 186; RENZIOWSKI, 1994, pp. 279-284; MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, núm. 50 (p. 84); EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 874-875; EL MISMO, «Legítima defensa», 2020, nms. 1638, 1658-1660, 1666, 1708; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1808; PAWLIK, 2002, p. 309; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 16-17, 18, 21; PALERMO, 2006, pp. 289-302, 377-378; WILENMANN, *InDret*, 2014, pp. 12-13; EL MISMO, 2017, pp. 253-259; y, aparentemente, COCA VILA, *ADPCP*, pp. 101, 106, 112. Esto mismo sostenía también, *de lege ferenda*, LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 201-211, 306-315, 531-533, que sin embargo se ha apartado de esta tesis y ha acogido la postura mayoritaria. Tiene, en cualquier caso, razón PAWLIK cuando señala que «se trata en gran parte de una cuestión terminológica, si se concibe la legítima defensa frente a ataques de personas inculpables como un supuesto de un derecho de legítima defensa restringido nuevamente o si se analizan dichos eventos de la mano del estado de necesidad defensivo» (*Derecho Penal y Criminología*, pp. 16-17).

por parte de Ana de los intereses de Beatriz es lícita, debiendo por tanto la primera quedar *exenta de pena*. Para esto puede bastar una fundamentación utilitarista, a modo de las que aceptamos todos los días en relación con el riesgo permitido; una fundamentación que se base, por ejemplo, en que una ponderación de todos los intereses en juego nos conduce a concluir que conductas como la de Ana protegen bienes más valiosos que los que lesionan, y por eso no queremos prevenir esta clase de comportamientos mediante la pena. Lo fundamental –y, de nuevo, lo distintivo de la justificación– no es esto, sino fundamentar *ante Beatriz* su deber de sacrificio: explicarle por qué el Derecho le exige que renuncie a la protección de sus bienes en la medida en que ello implique impedir la acción salvadora de Ana(28).

A estos efectos, el utilitarismo es insuficiente en el marco de un ordenamiento jurídico liberal, que toma en serio los derechos individuales. Aquí entra en juego la prohibición de raíz kantiana de «instrumentalizar» a un individuo en aras de la promoción de los intereses de otro o incluso del bienestar general. Si Beatriz tiene un derecho a la vida, la integridad física, la propiedad, etcétera, la simple necesidad de Ana o la salvación de intereses superiores no puede, en principio, hacer ceder estos derechos en tanto Beatriz no esté de acuerdo con este sacrificio. No puede existir, en otras palabras, una fundamentación utilitarista de los deberes de tolerancia(29).

Un deber de sacrificio de Beatriz solo puede nacer, con carácter general, de un comportamiento al menos mínimamente autónomo por su parte, que la hace *responsable* por el conflicto. Así, no resulta en absoluto problemático explicarle a Beatriz por qué no puede reaccionar en estado de necesidad agresivo frente a la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo de Ana: en ambas situaciones, es la propia Beatriz quien, con su agresión ilegítima o la insuficiente con-

(28) Así, p. ej., BALDÓ LAVILLA, 1994, *passim*; PAWLK, 2002, *passim*; PALERMO, 2006, *passim*; MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 249, 255-274; ROBLES PLANAS, 2010, *passim*, esp. pp. 460-464; JAKOBS, 2012, pp. 44-52; WILENMANN, *InDret*, 2014, pp. 4-5; EL MISMO, *InDret*, 2016, *passim*, esp. pp. 22-23; EL MISMO, 2017, *passim*; COCA VILA, 2016, *passim*, esp. pp. 195-196, 391-392, 435-437, 446-497; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 7, 15-16, 27; EL MISMO, *InDret*, 2021, pp. 183-184, 185-186; WILENMANN, 2017, *passim*; GRECO, *GA*, p. 676; ENGLÄNDER, 2021, pp. 120-130, 134-135; o HÖRNLE, 2021, pp. 169-170, 174.

(29) Vid. PAWLK, 2002, pp. 32-56; FRISCH, *GA*, pp. 131-132; KÜHNBACH, 2006, pp. 48-52; MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 255-260; HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 593-594, 597-598; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, pp. 122-124; LA MISMA, *InDret*, pp. 16-18, 19-20; LA MISMA, 2021, pp. 169-170, 174; PERALTA, 2012, pp. 241-243; COCA VILA, 2016, pp. 509-510; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 7, 14-16, 29; EL MISMO, *CPC*, pp. 245-251; ENGLÄNDER, 2021, pp. 128, 134-135; y GRECO, *ZStW*, pp. 11-19.

tención de un riesgo que emana de su esfera de responsabilidad(30), ha generado la necesidad de Ana de defenderse, por lo que resulta justo que sea Beatriz quien soporte los costes del conflicto. Sin embargo, para que esto sea así, Beatriz tiene que ser *realmente responsable* del surgimiento del conflicto. Para la justificación por legítima defensa o estado de necesidad defensivo, no basta con que Ana crea que Beatriz la está agrediendo injustamente o que sus intereses están siendo amenazados por un riesgo que emana del ámbito de responsabilidad de Beatriz. Salvo que esta apariencia haya sido creada responsablemente *por la propia Beatriz*(31), la creencia errónea de Ana, por muy razonable que sea –por mucho que cualquiera en su posición hubiera creído lo mismo– es igual de insuficiente que la simple necesidad de Ana para justificar el sacrificio de los intereses de Beatriz. Esto tiene una implicación importante: la concurrencia de los presupuestos esenciales de la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo se valora desde una perspectiva *ex post*; no basta con un «pronóstico posterior objetivo» como el que empleamos para valorar la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado(32).

(30) El estado de necesidad defensivo requiere, como mínimo, que el ámbito de organización de una persona invada el de otra –se «expanda» (*übergreift*) sobre él– de forma (objetivamente) imputable a la primera, pero no necesariamente antijurídica; así, JAKOBS, 2020, *passim*, esp. pp. 181-183. Un detallado análisis de los presupuestos de esta causa de justificación puede encontrarse en COCA VILA, *InDret*, 2011, *passim*, esp. 14-19, 25-35; y WILENMANN, 2017, pp. 479-534.

(31) Vid. JAKOBS, 1991, pp. 354, 356; y PALERMO, 2006, pp. 113-116, 265-268.

(32) Así, JAKOBS, 1991, pp. 354-355; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 125-129, 265-271; BOLEA BARDON, 1998, pp. 628-629; PALERMO, 2006, pp. 113-116, 265-268; WILENMANN, 2017, pp. 184-187, 494-495; y, aparentemente, GÓMEZ-BENÍTEZ, 2008, p. 953. A la misma conclusión llega, sobre la base de una teoría de la pena orientada a la víctima concreta del delito, HÖRNLE, *JZ*, pp. 957-958. Desde el punto de vista de una dogmática funcionalmente orientada, la posición de Hörnle resulta enormemente coherente. Si admitimos que la víctima concreta del delito tiene un papel en la teoría de la pena, que la pena se impone (también) para transmitir un mensaje a la víctima, entonces tiene perfecto sentido tener en cuenta la perspectiva del concreto perjudicado por el conflicto al construir la teoría de la justificación penal: no afirmar que una conducta se encuentra justificada si ello implica transmitir un mensaje inadecuado a la víctima del delito («no te han hecho nada malo», «no habrías podido defenderte»...); así claramente la propia HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 585-586, 600; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, p. 123; LA MISMA, *InDret*, pp. 20-21, 25. Si, por el contrario, nos inclinamos más bien por una teoría de la pena de acuerdo con la que esta sirve exclusivamente a la promoción de intereses generales –retribución, prevención, etc.– al margen de la víctima concreta del delito, la perspectiva de esta última debería irrelevante para construir las categorías de la teoría jurídica del delito, incluida la antijuridicidad. Esto no significa, sin embargo, que una teoría «jurídico-pública» de la pena sea incompatible con el paradigma interpersonal de la justificación, como demuestra el hecho de que la mayoría de los partidarios de

La legítima defensa y el estado de necesidad defensivo –que se configura, de este modo, como una legítima defensa «en miniatura»(33)– tienen, así pues, de acuerdo con estos autores, una *fundamentación liberal sólida*: es fácil explicar a la sociedad y (sobre todo) a Beatriz, como persona finalmente perjudicada por el conflicto, por qué el Derecho se pone del lado de Ana, imponiéndole a Beatriz un deber de tolerar su conducta justificada incluso aunque ello suponga el sacrificio de sus propios intereses. También lo tienen los derechos y deberes propiamente tales reconocidos por la ley, cuya nota característica es, precisamente, la de ir indisolublemente unidos a deberes de tolerancia de cualquier afectado por su ejercicio(34). Piénsese, por ejemplo, en la potestad de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de practicar detenciones o de usar las armas en los casos específicamente previstos en la regulación de su actividad. Aquí se encuadran, en definitiva, todos los casos en que alguien obra «en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» (art. 20.7.º CP); cláusula general que, de acuerdo con este planteamiento, parece operar, pues, como «regla de cierre» del sistema de justificación(35).

¿Qué hay, sin embargo, del estado de necesidad agresivo? Desde el punto de vista del paradigma interpersonal, se trata de una institución completamente anómala en un ordenamiento liberal-individual

este último se encuentren bastante alejados de la teoría de la pena defendida por Hörnle (PAWLIK, 2012, pp. 90-91, por poner solo un ejemplo, califica la llamada «neutralización de la víctima» como un avance).

(33) Vid., en esta línea, PAWLIK, 2002, pp. 148-149, 310; EL MISMO, *JZ*, p. 1048; EL MISMO, 2012, pp. 247-248; KÜHNBACH, 2006, pp. 88-89; JAKOBS, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 16-18; EL MISMO, 2020, pp. 179-180, 182; y WILENMANN, *InDret*, 2014, pp. 7-8, 16, 19-21, 24-25; EL MISMO, 2017, *passim*, esp. pp. 125-126.

(34) No es otra cosa lo que significa tener «derecho» a algo, y respecto de los deberes vale (*a fortiori*) exactamente lo mismo. Si estoy dentro de los límites de mi derecho o de mi deber (y determinarlos no siempre es fácil) nadie puede impedirme que haga lo que quiero hacer. Si no, no tendría derecho a hacerlo. Vid., en esta línea, RENZIKOWSKI, 1994, pp. 170-173.

(35) Ello, en la medida en que todas las causas de justificación, al ir aparejadas a un deber de tolerancia del perjudicado, conceden al autor un verdadero derecho a *lesionar* los intereses ajenos. Curiosamente, esto es lo que defiende CARBONELL MATEU, 1982, *passim*, esp. pp. 13, 17, 28, 64, 124-126, 128-130, 182, si bien desde un punto de partida radicalmente contrario al del paradigma interpersonal: la posibilidad de reconducir todas las causas penales de justificación al principio del interés preponderante. Sin embargo, como ha argumentado convincentemente MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 224-226, si se parte de esta premisa, la *lex generalis* del sistema de justificación no es el ejercicio de un derecho, sino el estado de necesidad.

lista(36), como lo es cualquier deber de solidaridad general(37): ¿cómo se le explica a una persona que tiene que renunciar a la protección de sus derechos, por el simple hecho de que *los de otra persona* se encuentran en una situación de peligro que al primero le resulta completamente *ajena*? Parece que, por muy valiosos que sean los intereses amenazados, sacrificar los intereses (incluso inferiores) de un tercero para protegerlos vulnera la prohibición kantiana de instrumentalización; y de ahí que resulte perfectamente comprensible que Kant descartara completamente una justificación por estado de necesidad agresivo(38).

Estos autores no han llegado al extremo de la solución kantiana, ni siquiera como propuesta *de lege ferenda*(39). El mecanismo que sue-

(36) Así, PAWLIK, 2002, *passim*, esp. pp. 1-5, 9-17; EL MISMO, 2012, pp. 46, 248-254; KÜHNBACH, 2006, pp. 14, 30-33., 36-37; JAKOBS, 2012, pp. 47-49; COCA VILA, 2016, pp. 242-243, 509-511; EL MISMO, *CPC*, pp. 250-251; WILENMANN, 2017, pp. 77, 82, 557-581; y GRECO, *ZStW*, pp. 1-2, 5. Como señala JAKOBS, «[u]na solución individualista parte de que el afectado no puede endosar un peligro a otro; la acción en estado de necesidad, por tanto, es siempre antijurídica, aun cuando la traslación del peligro en el caso concreto pueda ser perdonable (disculpable) cuando los bienes afectados por el peligro tengan importancia existencial» (1991, p. 409). En la misma línea, apunta MARTÍN LORENZO que «un tratamiento estrictamente liberal de los conflictos entre intereses individuales [...] en ningún caso podría explicar la legitimación que reconoce una causa de justificación a la injerencia en esferas de intereses individuales ajenos. En el caso concreto del estado de necesidad agresivo, la perspectiva estrictamente individual no encuentra razones que permitan declarar lícita la desviación de un peligro que amenaza los intereses de un sujeto a otro individuo ajeno a ese peligro y cuya posición está protegida jurídicamente. Una explicación satisfactoria sólo puede venir de una limitación de la autonomía individual por razones atentas al aspecto social del Estado que, en cierto modo, reflejan consideraciones de utilidad, en cuanto que a la libertad individual se le imponen límites relacionados con la convivencia social y los intereses colectivos» (2009, p. 264)

(37) Vid., por todos, ALCÁCER GUIRAO, 2000, *passim*, esp. 362-366.

(38) Al respecto, vid. PAWLIK, 2002, pp. 18-23; y KÜHNBACH, 2006, pp. 18-30, con completas referencias a las fuentes primarias y la literatura secundaria en la materia. En nuestra lengua, puede consultarse, p. ej., HRUSCHKA, *ADPCP*, pp. 13-16.

(39) Cabe preguntarse si el rechazo de cualquier posibilidad de justificación por estado de necesidad agresivo sería siquiera una posición sostenible *de lege lata* en ordenamientos jurídicos como el español o el alemán. De entrada, el artículo 20.5.º CP –que, al menos, no se encuentra, como el § 34 del Código Penal alemán (StGB), bajo la rúbrica «estado de necesidad justificante»– parece más conciliable con este punto de vista, bien interpretando que contempla solo una causa de *exculpación*, bien que se refiere únicamente a supuestos de estado de necesidad *defensivo*. Sin embargo, el problema es, en realidad, más profundo, y afecta a ambos preceptos por igual: requisitos de proporcionalidad como el de «que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar» (art. 20.5.º, primero CP) o –peor aún– como el de «que el interés protegido prepondera esencialmente sobre el afectado» (§ 34 StGB) casan muy mal con la lógica del estado de necesidad defensivo y con la del estado necesidad

len utilizar para dar cabida al estado de necesidad agresivo en un Derecho liberal es el de recurrir a una *analogía* entre los deberes de tolerancia derivados de esta causa de justificación y los demás deberes de *solidaridad mínima* impuestos por el ordenamiento jurídico(40): igual que tenemos el deber jurídico-penalmente reforzado de socorrer a cualquier persona que se halle «desamparada y en peligro manifiesto y grave» (art. 195.1 CP), aunque no hayamos tenido *nada que ver* con su situación de necesidad, tenemos el deber de tolerar que, en estas mismas circunstancias, las personas *existencialmente necesitadas* se salven a costa de nuestros intereses. Pero uno y otro deber solo surgen si la salvación de la persona necesitada puede llevarse a cabo «*sin riesgo* propio ni de terceros» (art. 195.1 CP); cláusula que los defensores del paradigma interpersonal de la justificación penal interpretan del modo siguiente: siempre que (i) no se vean amenazados intereses *existenciales* del obligado y que (ii) los intereses salvados preponderen *sustancialmente* sobre los sacrificados. El estado de necesidad agresivo queda, de esta forma, reducido, básicamente, a la posibilidad de afectar bienes patrimoniales no existenciales siempre que ello

exculpante. Para el primero debería bastar, como aclara el § 228 BGB, con que el daño causado no sea desproporcionadamente superior al que se trata de evitar («*wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht*»); y una cosa es interpretar extensivamente el artículo 20.5.º CP y el § 34 StGB *para que quepa* en ellos el estado de necesidad defensivo y otra (mucho más discutible), sostener que no regulan nada más. En cuanto a la posibilidad de leer el artículo 20.5.º CP en clave (solo) de estado de necesidad exculpante, pueden traerse a colación aquí (*a fortiori*) las acertadas críticas que dirigiera MIR PUIG, 2016, pp. 468-469, a la versión española de la teoría de la diferenciación, en particular la de que «resulta insuficiente limitar el estado de necesidad exculpante a los casos en que se salva un bien [...] no inferior al que se sacrifica. La situación de conflicto motivacional puede concurrir también aunque el sujeto lesione un bien superior, y para la exclusión de la imputación personal lo único decisivo es la presencia efectiva de la normalidad motivacional, no la comparación objetiva de bienes, que sólo importa para la justificación» (p. 469).

(40) Así, p. ej., JAKOBS, 1991, p. 351; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, p. 20; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 206-247, 348-362; SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 156-157, 168, 180; EL MISMO, 2019, p. 794; FRISCH, *GA, passim*, esp. pp. 122-123, 130-134, 136-137; KÜHNBACH, 2006, pp. *passim*, esp. pp. 11-14, 34, 95-96, 117-118, 144-145, 216-217; PAWLIK, 2012, pp. 248-251; EL MISMO, *REJ*, pp. 227, 240; COCA VILA, *ADPCP*, pp. 112-113; o GRECO, *ZStW*, pp. 68-70. Al mismo tiempo, de acuerdo con COCA VILA, *InDret*, 2011, *passim*, esp. pp. 3-4, 19, existiría un paralelismo entre los deberes de solidaridad intensificados presupuesto de las omisiones puras de garante (p. ej., art. 195.3 CP) y los deberes de tolerancia en estado de necesidad *defensivo*. Hasta donde alcanzo –que es, en este punto, bastante poco– el primer autor en formular este paralelismo fue HRUSCHKA, *JuS, passim*, esp. pp. 390-391. Sobre los límites de este argumento, cfr., no obstante, SILVA SÁNCHEZ, 2005, pp. 1014-1019, 1026-1027; y GRECO, *ZStW*, p. 69.

resulte necesario para proteger intereses personales o intereses patrimoniales sustancialmente más valiosos(41).

Las implicaciones del paradigma interpersonal en este punto se corresponden perfectamente con el Derecho positivo de algunos países. Es el caso, por ejemplo, del Derecho alemán, cuyo estado de necesidad agresivo justificante (§ 34 StGB) está sujeto no solo a un requisito de «preponderancia esencial» de los intereses protegidos sobre los sacrificados, sino también a una enigmática cláusula de adecuación: «que el hecho sea un medio adecuado para contener el peligro»(42); exigencias de las que la doctrina prácticamente unánime infiere una prohibición absoluta de matar, y aun de sacrificar intereses personales existenciales (lesionar gravemente, por ejemplo), en estado de necesidad agresivo(43).

Conductas como estas solo podrían quedar justificadas en legítima defensa (§ 32 StGB), estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB, por analogía), o en caso de colisión de deberes de garante de salvar la vida o los intereses existenciales de varias personas, resultando imposible el cumplimiento simultáneo de todos(44). Al margen de estos supuestos, el autor podría quedar, a lo sumo, *exculpado* por ellas, de cum-

(41) Vid., en este sentido, JAKOBS, 1991, pp. 419-426; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 19-22; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 61-63, 68-69, 131-132, 175, 217; RENZIKOWSKI, 1994, pp. 256-257, 265-266; SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 156-157, 168; PAWLIK, 2002, pp. 150-168, 244-275; EL MISMO, 2012, pp. 251-252; FRISCH, *GA*, pp. 133-134, 137; COCA VILA, *InDret*, 2011, pp. 5-6, 29; EL MISMO, *CPC*, pp. 253, 257-259; PERALTA, 2012, pp. 255-259; WILENMANN, 2017, pp. 641-651; GRECO, *ZStW*, pp. 41-43, 55-71; y, aparentemente, SILVA SÁNCHEZ, 2019, p. 796.

(42) «Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden». Sobre la interpretación de este requisito –en la que no tendría sentido abundar aquí– pueden consultarse, p. ej., JAKOBS, 1991, pp. 427-431, 433; RENZIKOWSKI, 1994, pp. 247-257; ROXIN y GRECO, 2020, pp. 878-882.

(43) Así, p. ej., ROXIN, 1976, pp. 165-166, 222; KÜPER, *JuS*, pp. 792-794; JAKOBS, 1991, pp. 419-422; HIRSCH, 2008, pp. 1009, 1018; o ROXIN y GRECO, 2020, pp. 878-882; una posición que ya resultaba mayoritaria con anterioridad a la reforma legal –relativamente reciente– que dio lugar a la regulación actualmente vigente (vid., por todos, WELZEL, *ZStW*, 1951, pp. 51-52). Sobre la evolución de la legislación alemana en esta materia y los debates doctrinales que la impulsaron, vid., p. ej., FLETCHER, 1978, pp. 775-788; ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 19-27; o MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 111-150.

(44) Así, por ejemplo, el padre que no tiene capacidad para salvar a sus dos hijos en peligro de muerte actúa lícitamente con tal de que salve a uno de ellos, aunque con ello esté *matando* al otro (en comisión por omisión). Nótese que, de acuerdo con el paradigma interpersonal, la existencia en estos casos de un *deber del autor* de realizar, en todo caso, una conducta típica separa radicalmente la colisión de deberes del estado de necesidad agresivo, no pudiendo reconducirse aquella a los presupuestos de este. En los casos de estado de necesidad agresivo el autor siempre tiene una salida lícita, por muy costosa que sea para sí mismo o sus seres queridos: dejar que las cosas sigan su curso.

plirse los presupuestos del § 35.1 StGB (estado de necesidad exculpante); en particular, la necesidad del sacrificio para contener un peligro para la vida, la integridad física o la libertad propias, de un familiar o de una persona próxima.

La correspondencia del paradigma interpersonal con el Derecho inglés también es notable. También en él se reconocen, junto con la legítima defensa, dos eximentes (*defences*) aproximadamente equivalentes a los estados de necesidad justificante y exculpante del Derecho alemán: la *necessity*, que la doctrina considera mayoritariamente una causa de justificación(45), y la *duress*, considerada mayoritariamente una causa de exculpación(46) (*excuse*)(47). La primera requiere, sencillamente, haber optado por el menor entre dos males, pero –al igual que el § 34 StGB– resulta, por lo general, inaplicable a delitos contra bienes jurídicos personales(48). La *duress*, por su parte, exime de responsabilidad penal a quien comete un delito para conjurar un peligro de muerte o lesiones graves (*grievous bodily harm*) para sí mismo u

(45) Vid., por todos, WILLIAMS, 1983, p. 634; SIMESTER *et al.*, 2019, p. 718; y HERRING, 2020, pp. 641, 714.

(46) Así, FLETCHER, 1978, pp. 830-831; WILLIAMS, 1983, pp. 626-627; CHIESA, 2011, p. 107 (que subraya, además, su similitud con el estado de necesidad exculpante del Derecho alemán); y HERRING, 2020, pp. 641, 716. Cf., no obstante, HORDER, 2019, pp. 145, 228, 233-236; y SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 717, 799-800, que consideran que esta eximente se encuentra a caballo entre la justificación y la exculpación.

(47) En todo caso, la jurisprudencia no presta ninguna atención a esta distinción, que se encuentra, además mucho menos asentada doctrinalmente que en el Derecho continental. De hecho, no faltan autores que cuestionan la utilidad de la clasificación, sobre todo si se entiende como una exclusivamente bipartita. Vid., p. ej., SMITH, 1989, pp. 7-44, 126; GARDNER, 2007, *passim*, esp. pp. 112, 131-134, 142-143; DUFF, 2009, pp. 263-298; o SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 714-718, 894. Esta misma perspectiva «escéptica» es la que, de acuerdo con sus propios comentaristas, subyace al *Model Penal Code* estadounidense; vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 3.01 to 5.07, 1985, pp. 2-4.

(48) Vid. SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 870, 871-875, 877-878; HERRING, 2020, pp. 662-664; y OMEROD y LAIRD, 2020, pp. 670-673. Esta regla solo ha sido excepcionada en dos ocasiones: la sentencia de la *House of Lords* en el caso *Re F (Mental patient sterilisation)* [1990] 2 AC 1, en la que se declara justificada por estado de necesidad la esterilización de personas con discapacidad intelectual y psicosocial; y la de la *Court of Appeal* en el caso *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480. A esta segunda sentencia me referiré más pormenorizadamente dentro de unos párrafos. En cuanto a la primera –el equivalente a nuestro derogado artículo 156, par. II CP– solo cabe decir aquí que, si se quiere que el precedente sobreviva a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 2006), probablemente resulte menos «agresivo» calificarlo como un supuesto de consentimiento con apoyos que como uno de estado de necesidad. Sobre la compatibilidad de esta clase de regulaciones con la Convención, vid. PANTALEÓN DÍAZ, *Diario La Ley*, con ulteriores referencias.

otras personas, siempre que se comporte como lo habría hecho una persona razonable («the ordinary man of reasonable fortitude») en las mismas circunstancias. A diferencia de la *necessity*, opera en relación con toda clase de delitos, con solo dos excepciones: el asesinato(49) y ciertas formas de traición(50).

En Inglaterra y Gales continúa rigiendo como precedente, en esta materia, la sentencia *R v Dudley and Stephens* (1884)(51), sobre el famoso caso del naufragio de la *Mignonette*. La nave naufragó a unas mil seiscientas millas del Cabo de Buena Esperanza y los miembros de su tripulación –los acusados Thomas Dudley y Edward Stephens, un tal Brooks y el grumete Richard Parker, un joven de entre diecisiete y dieciocho años– se vieron obligados a abandonarla a bordo de un bote, en el que no tenían reservas de agua potable ni de comida, salvo un par de latas de nabos de las que se alimentaron los primeros tres días. En el cuarto día desde el naufragio, consiguieron cazar una pequeña tortuga que les permitió subsistir unos días más, hasta el duodécimo día, cuando se quedaron definitivamente sin comida. Su única fuente de agua era la lluvia que de vez en cuando recogían con sus chubasqueros.

A los veinte días del naufragio, Dudley y Stephens decidieron (contra el criterio de Brooks) matar al grumete Parker para poder alimentarse con su carne y su sangre, y tener alguna oportunidad de sobrevivir. Así lo hicieron, sin que Parker fuera siquiera consultado. El grumete, por lo demás, se encontraba en aquel momento en un estado de debilidad extrema provocado por el hambre y por haber bebido agua de mar, lo que le impidió oponer cualquier resistencia. Los tres marineros subsistieron cuatro días más a base del cadáver de Parker, hasta que fueron rescatados por otro navío que, casualmente, pasaba por allí. En el juicio se consideró suficientemente probado que, de no haber tenido esta postrera fuente de alimento, todos los marineros habrían muerto de hambre antes de ser rescatados.

Dudley y Stephens fueron condenados por asesinato, rechazando unánimemente el tribunal que la conducta de los marineros pudiera estar amparada por causa de justificación o de exculpación alguna: aunque solo se descartó expresamente la *necessity*, en su sentencia

(49) Téngase en cuenta, en todo caso, que, frente a lo que ocurre en Derecho español y alemán, en el ordenamiento inglés el tipo básico de los delitos contra la vida humana independiente es el asesinato (*murder*) y no el homicidio (*manslaughter*), de manera que la primera categoría abarca casi todos los supuestos de homicidio doloso.

(50) Vid. THE LAW COMMISSION, 1977, p. 2; SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 720, 799; HERRING, 2020, p. 672; y OMEROD y LAIRD, 2020, pp. 654-662.

(51) (1884) 14 QBD 273 DC.

R v Howe & Bannister (1987)(52) la House of Lords consideró el caso –como no podría ser de otra manera– autoridad también para rechazar que la *duress* pudiera eximir de responsabilidad por asesinato. La (durísima) *ratio* de ambas decisiones se ve condensada perfectamente en el siguiente pasaje del discurso de Lord Hailsham en el caso *Howe*:

«[N]o puedo aceptar que, en relación con las eximentes del asesinato, sea buena moral, buena política o buen Derecho sugerir [...] que no puede esperarse de la persona normal de fortaleza razonable que sea capaz de un comportamiento heroico si se le exige matar a un inocente en lugar de sacrificar su propia vida. Es indudable que, en la práctica, muchos sucumbirán a la tentación [...]. Pero otros muchos no lo harán, y no creo que los primeros deban quedar exentos de cualquier clase de sanciones penales como «concesión a la flaqueza (moral) humana [*human frailty*]». A lo largo de mi vida, he visto a demasiados seres humanos normales, no dotados de una fortaleza fuera de lo común, llevar a cabo conductas heroicas como para considerar «justo» o «humano» un Derecho que retira a las víctimas inocentes la protección del Derecho penal y ampara en cambio a los cobardes y los pusilánimes, en nombre de una «concesión a la flaqueza (moral) humana»(53).

A pesar de ciertas críticas doctrinales(54) y propuestas de reforma legislativa(55), lo cierto es que el Derecho inglés se ha mantenido, en

(52) [1987] 2 WLR 568.

(53) *R v Howe & Bannister* [1987] 2 WLR 568, p. 432. Es muy llamativa la comparación con la perspectiva adoptada al respecto por los comentaristas al *Model Penal Code* estadounidense (vid. enseguida núm. 56); en los casos en los que procede la apreciación de la *duress*, «el Derecho es ineficaz en el sentido más profundo –de hecho, es hipócrita– si impone al sujeto que tiene la desgracia de enfrentarse a una elección dilemática un estándar de comportamiento que sus jueces no estarían dispuestos a considerar aplicables a sí mismos (ni podrían cumplir) si llegaran a encontrarse en la misma situación. En estas circunstancias, una condena no puede sino resultar ineficaz y, lo que es más importante, carece de cualquier base moral y es injusta. Aceptar la cobardía del acusado como una eximente puede resultar «personal y socialmente debilitante», pero lo es en la misma medida hacer del heroísmo el estándar de la legalidad. El tratamiento apropiado para un héroe no es solo dejarlo al margen de toda censura social; es alabarle y ofrecerle una recompensa justa» (AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 1.01 to 2.13, 1985, pp. 374-375).

(54) Vid., p. ej., WILLIAMS, 1983, pp. 604-606, 622, 626-631; SMITH, 1989, pp. 73-79, 92-95, 126; HORDER, 2019, pp. 145-146, 237-238; o SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 813, 814 (aunque más tibiamente en p. 900).

(55) En su informe sobre esta materia de 1977, la *Law Commission* propuso ampliar el ámbito de aplicación de la *duress* para extenderla a toda clase de delitos, incluido el asesinato (THE LAW COMMISSION, 1977, pp. 9, 14-15, 53, 56). En cuanto a la *necessity*, sin embargo, adoptó una línea diametralmente contraria, rechazando su reconocimiento como eximente general (ibíd. pp. 25-32, 54 62).

este punto, inalterado desde finales del siglo XIX(56). Y aunque puede que la clave del éxito de estos principios se deba, sencillamente, a la extraordinaria fortaleza moral de las sociedades inglesa y galesa, me atrevería a sugerir que tiene mucho más que ver con dos instituciones. La primera es el principio de oportunidad procesal (*procedural discretion*), del que los ordenamientos anglosajones hacen un uso mucho más amplio que la mayoría de los europeos continentales, y que permite que en la mayoría de los casos en los que la imposición de una pena no se considera «razonable» o «equitativa» ni siquiera llegue a formularse una acusación penal(57). La segunda, la posibilidad –¡sugerida a veces por los propios jueces que imponen las condenas!(58)– de conceder un indulto en casos, como estos, en los que la ejecución de la pena más grave del ordenamiento (antes, la pena de muerte; ahora, cadena perpetua) se considera un precio demasiado alto a pagar por la afirmación a toda costa de la «santidad de la vida humana».

El único caso que, hasta donde alcanzo, llegó a poner en cierta tensión las costuras del Derecho inglés fue, precisamente, uno en el que ninguno de estos dos mecanismos permitía procesar el conflicto extramuros del Derecho penal sustantivo: el de la separación de las siamesas

(56) Curiosamente, sin embargo, el Derecho estadounidense –a juzgar por lo dispuesto en el *Model Penal Code* y sus comentarios– ha seguido derroteros bien diferentes y mucho más coherentes con el paradigma jurídico-público de la justificación. El *Model Penal Code* también contempla la *necessity* (en su terminología, «*choice of evils*») como una causa de justificación (§ 3.02) y la *duress* como una de exculpación (§ 2.09); vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 3.01 to 5.07, 1985, pp. 2-3, 15-16. Sin embargo, se aparta del Derecho inglés, en la medida en que parte de la posibilidad de aplicar ambas eximentes al delito de asesinato y, *a fortiori*, a cualesquiera delitos contra bienes jurídicos personales; vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 3.01 to 5.07, 1985, p. 15; EL MISMO, §§ 1.01 to 2.13, 1985, p. 376 (aun partiendo de la diversidad de criterios en los diferentes Estados federados a la hora de admitir la *duress* como eximente en el delito de asesinato: *ibíd.* pp. 369-369; núm. 54, p. 381). En la doctrina estadounidense, autores como FLETCHER, 1978, pp. 824-825, 831; o CHIESA, 2011, pp. 108-109, se muestran favorables a esta expansión de la *duress* a los delitos contra la vida, aunque –en línea con la doctrina alemana mayoritaria– consideran que la *necessity* nunca debería poder justificar la muerte de un inocente (FLETCHER, 1978, pp. 787, 791; CHIESA, 2011, pp. 103-105, que reconoce, sin embargo, alguna excepción muy limitada a esta regla general).

(57) Vid., en este sentido, HORDER, 2019, pp. 242-243; y, aunque en tono crítico, FLETCHER, 1978, pp. 768-769, 807-810; SMITH, 1989, pp. 4-5, 95-97. La propia LAW COMMISSION, 1977, pp. 25, 27, considera esta discrecionalidad una de las razones por las que ni desde la doctrina ni desde la práctica se ha reclamado el reconocimiento de la *necessity* como eximente general.

(58) Así lo hicieron tanto Lord Coleridge en *Dudley and Stephens* (1884, 14 QBD 273 DC, p. 288) como Lord Hailsham en *Howe* ([1987] 2 WLR 568, p. 433). De hecho, en el primero de los casos, el indulto fue concedido, conmutándose la pena de muerte que se había impuesto a los condenados por una de seis meses de prisión.

Jodie y Mary. Las niñas habían nacido vivas, cada una con sus propios órganos principales (cerebro, corazón, pulmones, etcétera) y sus propios brazos y piernas, a pesar de estar unidas por la parte baja del abdomen. Sin embargo, a diferencia de Jodie, Mary no tenía capacidad de supervivencia autónoma: su corazón y sus pulmones eran demasiado débiles para hacer circular sangre y oxígeno al resto de su cuerpo, y habría fallecido al nacer de no ser porque compartía una arteria con Jodie, cuyo sistema cardiorrespiratorio las mantenía vivas a las dos. Pero esta situación podía durar, como máximo, unos tres o seis meses, tras los que el corazón de Jodie terminaría fallando por el sobreesfuerzo y tanto ella como Mary fallecerían. La alternativa era separar quirúrgicamente a las siamesas, operación que sin duda mataría a Mary, pero garantizaría a Jodie una supervivencia razonablemente normal.

Los padres de Jodie y Mary se opusieron a la separación de las siamesas por motivos religiosos, pero los médicos responsables, garantes también de la vida de ambas niñas, insistieron en llevar a cabo la operación para salvar a la única de las dos que tenía perspectivas razonables de supervivencia. La peculiaridad de este caso –y la razón por la que el problema no podía ser canalizado a través de la oportunidad procesal (o, en su caso, del indulto)– fue que no llegó a los tribunales una vez llevada a cabo la operación, sino antes: los médicos no procedieron contra el criterio de los padres, sino que *solicitaron una autorización judicial* para llevar a cabo la operación, «blindándose» frente a posibles consecuencias penales. Solo existían dos opciones: autorizar la operación, considerando justificado el homicidio (en Derecho inglés, asesinato) de Mary; o impedir la, dejando morir a las dos.

Razonablemente, la *Court of Appeal*, en su famosa sentencia *Re A* (2001)(59), hizo lo primero, pero se cuidó mucho de distinguir el caso de *Dudley and Stephens*, planteándolo en todo momento como un supuesto «sin precedentes», cuya resolución en absoluto ponía en tela de juicio la regla general de que el estado de necesidad no puede justificar un asesinato(60). Los razonamientos de los magistrados no arrojan, sin embargo, demasiada claridad sobre el fundamento de esta solución diferenciadora: en sus discursos se mezclan argumentos que parecen apuntar a la existencia de un estado de necesidad defensivo –una «*quasi-self defence*» de Jodie frente a Mary(61)– con alusión

(59) *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480.

(60) Vid., p. ej., *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, p. 225 (discurso de Brooke LJ).

(61) Este argumento está especialmente presente en el discurso de Ward LJ: «Es posible que Mary tenga un derecho a la vida, pero no tiene ningún derecho a estar

nes a la teoría del doble efecto –que cuestionan la existencia de una verdadera «intención» de matar a Mary–(62), para acabar concluyendo (según parece) que se trata sencillamente de un caso *sui generis* en el que la justicia material aconseja apartarse de las reglas generales(63).

Lo cierto es que un jurista continental educado en el paradigma interpersonal de la justificación lo habría tenido mucho más fácil: el de las siamesas no era un escenario de estado de necesidad agresivo (ni defensivo, por lo demás), sino uno de *colisión de deberes*(64);

viva. Esta viva única y exclusivamente porque, por decirlo de forma cruda, pero no por ello menos precisa, chupa de la savia vital de Jodie y al mismo tiempo la extrae de ella. Se mantendrá viva solo durante el tiempo en que Jodie sobreviva, y Jodie no sobrevivirá mucho tiempo porque será constitucionalmente incapaz de soportar esa carga. La vida parasítica de Mary acabará provocando la muerte de Jodie. Si Jodie pudiera hablar, seguramente protestaría: «Para, Mary, me estás matando». Y Mary no tendría ninguna respuesta para esto» (*Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, p. 197). «La realidad en este caso [...] es que Mary está matando a Jodie. [...] Mary emplea el corazón y los pulmones de Jodie para recibir y utilizar sangre oxigenada. Esto terminará provocando un fallo cardíaco a Jodie y causando su muerte, con la misma certeza que si se tratara de un lento goteo de veneno. ¿Cómo puede ser justo obligar a Jodie a tolerar este estado de cosas? No hace falta cargar a Mary [...] con la etiqueta de «agresora ilegítima», que considero completamente inapropiada para la triste y desamparada posición en la que se encuentra. Estoy completamente de acuerdo en que este singular acontecimiento no puede ser calificado como antijurídico, pero no tiene por qué serlo. El niño de seis años que dispara un arma a diestro y siniestro en el patio del colegio no está actuando ilícitamente, porque es demasiado joven para que sus actos reciban esta calificación [...]. Pero, *jurídicamente*, matar a ese niño en legítima defensa de terceros estaría plenamente justificado y no sería una conducta ilícita. No veo ninguna diferencia, en esencia, entre este recurso a la legítima defensa y que los médicos defiendan a Jodie conjurando el peligro de muerte que supone para ella el drenaje de su savia vital por parte de Mary» (ibíd., pp. 203-204). En la doctrina, respaldan esta fundamentación de la decisión autores como HÖRNLE, *Crim. Law and Philos.*, p. 121; o SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 873-874. Crítico, sin embargo, WILENMANN, *InDret*, 2016, pp. 34-35.

(62) *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, pp. 216-219, 238 (discurso de Brooke LJ), pp. 250-252 (discurso de Robert Walker LJ). En la doctrina, vid. OMEROD y LAIRD, 2020, pp. 673-674.

(63) Esta es precisamente la conclusión a la que llegan, en sus discursos, Ward LJ (*Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, pp. 204-205), Brooke LJ (ibíd. pp. 238-239) y Robert Walker LJ (ibíd. p. 255). En la doctrina, vid., en este sentido, HERRING, 2020, pp. 663-664. Cfr., no obstante, CHIESA, 2011, p. 103.

(64) La idea de que los padres de las niñas, los médicos y hasta los propios jueces se encontraban en este caso ante una situación de colisión de deberes (*conflicting duties*), en la que la simple alusión a la «santidad de la vida humana» no servía, sin más, para solucionar el conflicto no está totalmente ausente, sin embargo, de los razonamientos de la *Court of Appeal*, especialmente en el discurso de Ward LJ –vid. *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, pp. 192, 200-203–ni tampoco en los de la doctrina (vid., p. ej., SIMESTER *et al.*, 2019, p. 878)

situaciones que –de acuerdo con este paradigma– se rigen por principios radicalmente diferentes(65). En este caso, en efecto, los médicos tenían dos deberes incompatibles entre sí: separar a las siamesas (para salvar a Jodie) y mantenerlas unidas (para no matar inmediatamente a Mary). Y, en la medida en que lo segundo, con el paso del tiempo, se iría volviendo cada vez más indistinguible de *matarlas a las dos* en comisión por omisión –incumpliendo, a la postre, ambos deberes–, separarlas era la *única alternativa lícita*(66). Dudley y Stephens, en cambio, no se encontraban en esa tesitura: para ellos las opciones eran *matar* al joven Parker o *dejarse morir* junto con el resto de la tripulación. Y como ninguno de sus miembros era garante de la vida de los demás, la segunda opción era perfectamente lícita.

Recapitulando, los ordenamientos alemán e inglés son una perfecta muestra de cómo funciona, en la práctica, el paradigma interpersonal de la justificación. Su implicación fundamental es que el estado de necesidad agresivo *nunca* puede justificar el sacrificio de intereses existenciales: ¿cómo explicarle a un individuo *con derechos* que tiene que tolerar que lo maten, que lo lesionen permanentemente o que lo priven de las posesiones que necesita para subsistir, para aliviar una necesidad que –por inmensa que sea– le es totalmente *ajena*? Los ordenamientos alemán e inglés respetan esa máxima a rajatabla, pero

No es, sin embargo, ni mucho menos, la (única) *ratio decidendi* de la sentencia, como lo habría sido probablemente en Alemania.

(65) Cfr., sin embargo, MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 796-799; SILVA SÁNCHEZ, 2009, pp. 113-116, que (aunque por motivos en parte diferentes) no consideran en absoluto justificable la separación de las siamesas; ROXIN y GRECO, 2020, p. 1148, que sostienen, para un grupo de casos muy similar –aquel en el que, en el curso de la cirugía de separación de siameses, surgen dificultades que hacen que solo sea posible salvar la vida de uno de los gemelos a costa de la del otro–, la muerte de este último no estaría justificada, si bien los médicos quedarían exentos de responsabilidad penal por estado de necesidad *exculpante* supralegal. Este razonamiento tiene, a mi modo de ver, dos consecuencias absurdas: que en esta clase de supuestos los médicos, garantes de la vida de ambos gemelos, no solo pueden, sino que deben (!) dejar morir a los dos, aun siendo posible salvar a uno; y que los tribunales alemanes, a diferencia de los ingleses, no habrían autorizado la separación de Jodie y Mary si se les hubiera pedido permiso para llevarla a cabo.

(66) Otra alternativa –que probablemente no disgustaría a Coca Vila, teniendo en cuenta cómo propone resolver los casos de triaje sanitario *ex ante* (vid. epígrafe 2 del apartado V de este trabajo) y lo señalado en COCA VILA, 2016, pp. 482-497– sería considerar del mismo rango los deberes de los médicos frente a ambas pacientes, renunciando a jerarquizarlos en virtud de las oportunidades de supervivencia autónoma de cada una; solución que se traduciría en un derecho de los médicos a *escoger* mantener unidas a las siamesas o separarlas. Como desarrollaré en el epígrafe al que acabo de remitirme, esta solución no me parece convincente, aunque en el caso de Jodie y Mary el resultado habría sido el mismo: los médicos querían (con buen criterio) separar a las siamesas.

disponen de ciertas «válvulas de escape» para hacerla compatible con una cierta indulgencia en el tratamiento de los conflictos existenciales(67): una nítida separación entre las reglas de resolución del estado de necesidad agresivo y la colisión de deberes; la posibilidad de una exculpación por inexigibilidad (el sacrificio propio o de un ser querido como acto *debido pero inexigible*); y, en defecto de esta última – como ocurre con la *duress* y el asesinato en Derecho inglés–, oportunidad procesal e indulto.

2. El paradigma «jurídico-público»

Con el paradigma que he llamado jurídico-público de la justificación penal pasa exactamente lo contrario de lo que he señalado antes en relación con el interpersonal: resulta muy difícil encontrar exposiciones puras de este planteamiento, por lo que perfilarlo en sus rasgos esenciales se presenta como un verdadero reto. Las lecciones sobre causas de justificación incluidas en la mayoría de los manuales de Derecho penal se encuentran aparentemente más próximas al paradigma jurídico-público que al interpersonal, a juzgar por el extendidísimo recurso a fundamentaciones utilitaristas para explicarlas(68). Sin embargo, tampoco resulta en absoluto infrecuente que en estas mismas explicaciones se incluyan referencias a elementos característicos del paradigma interpersonal, como la imposibilidad de reaccionar justificadamente ante conductas justificadas(69), la necesidad de

(67) En opinión de MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 857 –que, aunque emitida solo en relación con el sistema alemán resulta también, a mi juicio, aplicable *a fortiori* al Derecho inglés–, «remedios para intentar vestir un traje cuyo primer botón se ha abrochado mal».

(68) Vid., p. ej., JESCHECK y WEIGEND, 2002, pp. 348-350; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 407-408; MIR PUIG, 2016, pp. 434-435, 461-462; y ROXIN y GRECO, 2020, pp. 659, 719, 842, 844-845 (fragmentos que Greco ha conservado, a pesar de que sus adiciones –en este punto muy cautas– se orientan más bien en la línea del paradigma interpersonal, al que el autor se adhiere decididamente en otros trabajos).

(69) Vid., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 521; y ROXIN y GRECO, 2020, pp. 316, 757-758, si bien con algunas excepciones que terminan aproximando su postura a las de los autores citados al final de esta nota. En ocasiones, lo que se postula a este respecto es una posición diferenciada. Así, p. ej., LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 334-335, 337-338, a quien sigue de cerca MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 32-33, 299-300, 302-303, 584, 586-587; LA MISMA, 2010, pp. 406, 432, distingue entre causas de justificación que excluyen (solo) el desvalor de acción –como el estado de necesidad agresivo– y causas de justificación que excluyen (también) el de resultado –como la legítima defensa–, de manera que solo frente a las primeras cabría una reacción a su vez justificada; posición de la que creo que puede encontrarse un claro antecedente en WELZEL, *ZStW*, 1939, pp. 534-536, y a la que este autor ya se aproxima

llevar a cabo una valoración *ex post* de la concurrencia de una agresión ilegítima en la legítima defensa(70), o el que el estado de necesidad agresivo no pueda justificar ataques a bienes de carácter existencial(71). Los desarrollos más coherentes de este paradigma se encuentran en algunas contribuciones monográficas (libros o artículos) sobre el tema que nos ocupa(72), aunque también pueden hallarse pasajes más escuetos, pero claramente en la línea esta teoría, en monografías dedicadas a otros asuntos(73).

Si por algo se caracteriza el paradigma jurídico-público de la justificación penal es por analizar las normas penales permisivas desde el mismo punto de vista que las prohibitivas: el conflicto propiamente penal no se entabla entre dos o más particulares, sino que se plantea exclusivamente entre el autor y el Estado; entre el autor y la sociedad

maba, sin haber terminado de sistematizarla por completo, en LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 101, 215-228, 532. En la misma línea, ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 38-39; CUERDA RIEZU, 1984, pp. 267-268, 273, 287-290, 298-318; GIMBERNAT ORDEIG, 1990, pp. 229-230; y MIR PUIG, 2016, pp. 473-474, sostienen la imposibilidad de reaccionar justificadamente ante una conducta justificada por legítima defensa o cumplimiento de un deber, pero no ante una justificada por estado de necesidad agresivo (al menos, cuando el mal causado y el que se trata de evitar son iguales).

(70) Así, JESCHECK y WEIGEND, 2002, pp. 355, 375; MIR PUIG, 2016, pp. 439-440; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 777.

(71) Vid., por todos, ROXIN, 1976, pp. 165-166, 222; JESCHECK y WEIGEND, 2002, pp. 387, 389, 539-540; MIR PUIG, 2016, pp. 481-483; y ROXIN y GRECO, 2020, pp. 854-858.

(72) Vid., especialmente, SEELMANN, 1978; MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*; EL MISMO, «Naturaleza del sistema...», 2006; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020; EL MISMO, «Legítima defensa», 2020; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020; y SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016. En esta lista esperaríamos quizás el lector encontrar también la clásica monografía de LENCKNER, 1965, paradigmática en cuanto a la reconducción de todas las causas de justificación al principio del interés preponderante y la resolución de esta clase de conflictos mediante una ponderación de todos los intereses en juego en el caso concreto. No obstante, la obra se encuentra salpicada de afirmaciones que impiden, a mi juicio, considerar al autor un defensor «puro» del paradigma jurídico-público. Me refiero no solo a su concepción de la vida como un interés «imponderable» (ibíd., pp. 29-32, 101, 111), sino, sobre todo, a afirmaciones como la de que «aquí en absoluto se trata solamente de si al autor *le está permitido* hacer algo, sino al mismo tiempo, por otro lado, de si el afectado por la acción llevada a cabo en estado de necesidad debe soportar la injerencia en sus bienes» (ibíd. p. 179) y la de que una justificación no vinculada a un deber de tolerancia del afectado supondría claudicar ante el derecho del más fuerte (ibíd., p. 25). Algo parecido sucede con el reciente trabajo de CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*.

(73) Vid., p. ej., ZIELINSKI, 1973, pp. 297-301, 311; FRISCH, 1983, pp. 419-448, 462 (aunque, a juzgar por un trabajo más reciente citados en el epígrafe anterior—EL MISMO, *GA*—dudo mucho que el autor siga en la misma línea); o SANCINETTI, 1991, pp. 517-520, 560-563, 611.

de la que las normas emanan democráticamente(74). Un conflicto penal «interpersonal» es, de acuerdo con esta perspectiva, una contradicción en los términos(75). En esta relación (jurídico-pública) entre individuo y sociedad, el Derecho puede decidir dejar de castigar al autor principalmente por dos razones: bien porque su conducta es lícita –porque el autor se ha ajustado a lo que el Derecho demanda de cualquier persona en su posición– o bien porque, siendo ilícita, no le resulta personalmente imputable. Las causas de justificación contemplan una serie de requisitos que, en caso de concurrir en un supuesto de hecho, permiten considerar *lícita* la conducta del autor. Y *nada más*(76).

En otras palabras, cuando el Derecho penal considera justificada la lesión por parte de Ana de los intereses de Beatriz para salvar los suyos propios, lo único que esto implica es que la conducta de Ana es conforme a Derecho, está permitida, por lo que no se le impondrá una pena. Pero con ello no se dice *nada* respecto de Beatriz. Beatriz solo empieza a preocuparle al Derecho penal *si reacciona* contra la conducta justificada de Ana, lesionando a su vez los intereses de esta. En este caso, habrá que dilucidar –*con total independencia* de la calificación que haya merecido la conducta de Ana– si la conducta de Beatriz cumple los presupuestos de alguna causa de justificación(77). Y, de

(74) HÖRNLE, *InDret*, pp. 9-10, 29-20, identifica este paradigma con una teoría de la antijuridicidad «neutral respecto a quien actúa y a la víctima». Yo diría más bien que está, en la propia terminología de la autora, «centrada en quien actúa»; categoría que Hörnle prefiere reservar para perspectivas de cariz netamente subjetivo. En lo que estoy totalmente de acuerdo con la autora es en que se trata de una teoría de la justificación que no presta atención alguna a la perspectiva de la víctima. Como expliqué en la núm. 32, esta es la única posición coherente con los postulados funcionales de los que parto, que son muy distintos a los que asume Hörnle (pero, curiosamente, no tan diferentes de los de la mayoría de los partidarios del paradigma interpersonal).

(75) En palabras de SÁNCHEZ DAFUACE, «[e]l Derecho penal es parte del Derecho público del Estado. En Derecho público no se establecen relaciones entre particulares, sino entre particulares y el Estado. En un caso de enfrentamiento entre causas de justificación no hay una relación jurídico-penal entre las personas enfrentadas, sino una relación jurídico-penal entre el Estado y, por ejemplo, el ciudadano uno, y otra relación jurídico-penal entre el Estado y, por ejemplo, el ciudadano dos» (2016, pp. 338-339). Vid., en el mismo sentido, GÜNTHER, 1983, pp. 170, 172, 235.

(76) Desde este punto de vista, el paradigma jurídico-público de la justificación guarda un fuerte paralelismo con el análisis de las «causas de exclusión del injusto penal» llevado a cabo por GÜNTHER, 1983, *passim*, esp. pp. 86-87, 121, 130, 158-159, 249, 252, 255-260, 359-360. Se trata, sin embargo, de un planteamiento más radical: mientras que GÜNTHER reconoce la existencia, junto con las causas de exclusión del injusto penal, de causas de justificación generales –la legítima defensa y el estado de necesidad– que sí llevarían aparejados deberes de tolerancia de la víctima (ibíd., pp. 303-309, 323, 359), el planteamiento aquí defendido consiste, por así decirlo, en analizar *todas* las causas de justificación como causas de exclusión del injusto penal.

(77) Así, p. ej., DUFF, 2009, pp. 267, 273, 276.

nuevo, si se concluye que los cumple, ello no prejuzgará en absoluto la licitud de la posible respuesta de Ana a la reacción de Beatriz.

El planteamiento se encuentra, a mi juicio, perfectamente resumido en dos afirmaciones que realiza Wolfgang Frisch en su obra *Vorsatz und Risiko*, de 1983. De acuerdo con este autor, la función de las causas de justificación

«en el marco de la teoría del delito no es la de determinar las clases de comportamiento que los terceros tienen el deber de soportar; este problema solo es objeto de análisis cuando se estudian los derechos de defensa (*Abwehrrechte*) que corresponden a los terceros»(78).

Y señala también que

«el análisis de las causas de justificación en el contexto de la teoría del delito no tiene por objeto establecer «derechos de intromisión» (*Eingriffsrechte*) con sus correspondientes deberes de tolerancia, sino únicamente determinar cuándo el comportamiento [del autor] no entra en consideración como fundamento para la imposición de la pena, teniendo en cuenta la relación existente entre dicho comportamiento y el mundo de los bienes [jurídicos]»(79).

Esto significa que, como también ha defendido Mañalich Raffo, la justificación penal de una conducta no va necesariamente unida a un deber de quien la padece de no interferir con ella. Esto solo ocurrirá cuando la reacción de este último sea, analizada en sí misma, típica y antijurídica. Pero su antijuridicidad no puede predicarse directamente de la justificación de la conducta inicial(80). La conexión entre justificación y deber de sacrificio es meramente *contingente*: las causas penales de justificación solo confieren permisos de actuación, no

(78) FRISCH, 1983, pp. 424-425. Otros autores lo han expresado de forma similar. Así, GÜNTHER: «La función de protección del Derecho penal quedaría transmutada en su opuesto si no se dedicase a proteger bienes jurídicos, sino a legitimar injerencias en bienes jurídicos de terceros» (1983, p. 252); o CUERDA RIEZU: «La función de las causas de justificación apoyadas en preceptos permisivos es la de limitar o excepcionar la materia de prohibición, no la de crear derechos subjetivos» (1984, p. 309).

(79) FRISCH, 1983, pp. 445. Vid., en el mismo sentido, GÜNTHER, 1983, p. 60; CUERDA RIEZU, 1984, pp. 308-312.

(80) Como señala SANCINETTI en relación con la legítima defensa, «los criterios para la definición de «agresión ilegítima», a efectos de hacer surgir un derecho a repeler la agresión, no tienen por qué coincidir con la definición de los límites del tipo permisivo que ampare a la misma agresión, a efectos de la exclusión de su carácter de ilícito penal. La fractura del «concepto unitario de antijuridicidad» que hoy tiene a imponerse debería ser un camino idóneo también para este reconocimiento. [...] [L]a «exclusión del ilícito» de una injerencia por parte de «A» sobre los intereses de «B» no prejuzga sobre el derecho de «B» a impedir la injerencia de «A»» (1991, pp. 562-563).

derechos de injerencia(81), con la importantísima consecuencia –añadiría yo– de que una teoría penal de la justificación *no tiene por qué fundamentar* ante el perjudicado por la conducta justificada un deber de soportar el sacrificio de sus bienes, en la medida en que la subsistencia de estos resulte incompatible con aquella.

El Derecho penal, cuando justifica una conducta, no le está imponiendo al afectado por ella ningún deber que no preexista ya a la propia justificación (el deber de no matar a otros, de no lesionarlos, etcétera). Por eso, la única fundamentación que requieren la legítima defensa, el estado de necesidad y las demás causas de justificación es la de por qué se considera lícita la conducta del autor, de manera que el Estado no le impone una pena. Y, como no hay que justificar al mismo tiempo un deber de tolerancia, esta fundamentación *puede perfectamente ser utilitarista*, incluso en un ordenamiento de corte liberal: consideramos lícitas las conductas que no queremos prevenir a través del Derecho penal porque, si se tienen en cuenta todos los intereses en juego, se concluye que salvan intereses más valiosos de los que destruyen(82).

De acuerdo con este planteamiento, la justificación penal responde a un juicio de ponderación de intereses idéntico al que subyace a la atipicidad por riesgo permitido: primero analizamos, desde una perspectiva *ex ante* (a través de un pronóstico posterior objetivo) el riesgo

(81) MAÑALICH RAFFO, 2013, pp. 228-237, 242-247; seguido en este punto, aparentemente, por GUERRA ESPINOSA, 2017, p. 295. De hecho, MAÑALICH RAFFO dirige a la teoría de acuerdo con la que las causas de justificación van necesariamente unidas a deberes de tolerancia una crítica que se alinea perfectamente con los fundamentos (funcionales) del presente trabajo. De acuerdo con el autor, dicha concepción «descansa en la hipótesis de que las normas (o «reglas») de comportamiento del derecho penal funcionarían como fundamentos de relaciones jurídicas entre personas individuales, que respectivamente contarían como sujetos de los correspondientes derechos y deberes. [...] Esto último es incompatible con el estatus de normas de derecho público que exhiben las así llamadas «normas de comportamiento del derecho penal» (ibíd. pp. 230-231). Ya antes había apuntado muy claramente en esta línea CUERDA RIEZU, al sostener que «[l]a privatización de las relaciones jurídicas que surgen entre sujeto agente y afectado no se adecua a la naturaleza pública del Derecho penal. [...] El Derecho penal como Derecho público no está forzosamente obligado a establecer relaciones jurídicas del tipo derecho subjetivo-deber, cuando considera que una conducta es conforme a Derecho. [...] En consecuencia, es posible que las normas penales reconozcan que una conducta es conforme a Derecho, sin imponer al mismo tiempo el correlativo deber de tolerancia al afectado, y sin que la conformidad a Derecho implique un derecho subjetivo del sujeto agente» (1984, pp. 310-311). Precisamente esta idea es la que, como defenderé en el apartado IV, debería conducir a afirmar que el lugar del paradigma interpersonal de la justificación no es el Derecho público, sino el privado.

(82) En palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO, «[d]esde el punto de vista político-criminal el juicio de antijuridicidad sirve a la finalidad de la ponderación de intereses sociales en situaciones conflictivas» (1978, p. 327).

que la conducta del autor suponía para los bienes jurídicos finalmente lesionados y la probabilidad que tenía de preservar los finalmente salvados. Acto seguido, con la comparación de ambas probabilidades a la vista, nos preguntamos si el autor hizo algo distinto a lo que el Derecho esperaba de él en su situación: que no llevase a cabo una conducta idónea para causar un *mal mayor* que el que trataba de evitar(83).

Esta perspectiva de análisis tiene tres implicaciones que separan radicalmente el paradigma jurídico-público de la justificación penal del paradigma interpersonal. En primer lugar, no existe una diferencia tajante entre los casos de atipicidad por riesgo permitido y los de justificación: ninguna de las dos eximentes lleva necesariamente aparejado un deber del perjudicado por la injerencia de no interferir con la conducta atípica o justificada y, por esta misma razón, ambas instituciones admiten una fundamentación utilitarista, sin contradicción alguna con la filosofía liberal que subyace a nuestro ordenamiento jurídico. Lo que se plantea entre el riesgo permitido y la justificación es más bien un *continuum* con dos extremos: la situación «pura» (y, de hecho, difícilmente imaginable) de riesgo permitido, en la que lo único que entra en conflicto con la preservación de los bienes jurídicos ajenos es la libertad general de actuación del autor; y la situación «pura» de justificación, en la que los intereses que se encuentran a uno y otro lado de la «balanza» son perfectamente específicos (vida contra integridad física, salud frente a propiedad, etcétera)(84).

(83) Vid., por todos, LENCKNER, 1965, pp. 84, 134-146; MÜNZBERG, 1966, pp. 143, 259-338; CARBONELL MATEU, 1982, pp. 63-64, 70-71, 178; SANCINETTI, 1991, pp. 517-520; MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, pp. 71-73; EL MISMO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 208-218; EL MISMO, «Naturaleza del sistema...», 2006, pp. 382, 388-389, 390; EL MISMO, «La ponderación...», 2006, pp. 267-268, 278; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 857, 859; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020, nms. 1580, 1597; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1760; y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, pp. 90-91.

(84) Vid. en detalle PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 2, apartado IV.3.a. En la misma línea, LENCKNER, 1965, pp. 142-143, 145; WOLTER, 1981, p. 38; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 66-73, 86, 415-481, 513-514, 517; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 396-397. También GÜNTHER, 1983, pp. 127-129, aunque solo en relación con las causas de exclusión del injusto penal (no con las causas de justificación generales). Curiosamente, esta posición la comparten señalados defensores del paradigma interpersonal como RENZIKOWSKI, 1994, pp. 156-158; PAWLIK, 2012, pp. 194-215, 336; y COCA VILA, 2016, pp. 171-172, 190-196, 521. La postura me parece, sin embargo, difícilmente conciliable con la afirmación de que unas situaciones (justificación) van ligadas a deberes de tolerancia de los perjudicados y otras (riesgo permitido), no: o la distinción entre unas y otras es sistemáticamente relevante a los efectos penales, o no lo es, pero no puede ser ambas cosas a la vez.

Lo anterior implica, en segundo lugar, que la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación, incluidas la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo, ha de ser objeto de una valoración *ex ante* (85). Como no se trata de decidir si la persona finalmente perjudicada tiene un deber de soportar la pérdida de sus propios intereses, sino únicamente de dilucidar si el autor hizo algo diferente de lo que se esperaba de él en ese momento, lo que importa no es si el primero realmente agredió ilegítimamente al segundo, sino si *una persona razonable* en la situación de este último habría creído que concurriría una agresión ilegítima. Así pues, muchos de los supuestos que desde el punto de vista del paradigma interpersonal son de justificación putativa, desde la perspectiva jurídico-pública son de justificación *real*: habrá justificación cuando el autor incurra en un error «objetivamente invencible» sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación; un error «razonable», en el que cualquiera en su situación hubiera podido incurrir (86).

La tercera de las implicaciones del paradigma jurídico-público de la justificación, que lo distancia radicalmente del paradigma interpersonal, se refiere al estado de necesidad agresivo. Lejos de considerarlo una institución excepcional y residual en el marco de un ordenamiento liberal, los partidarios del paradigma jurídico-público consideran el estado de necesidad agresivo la regla general que opera como «*cláusula de cierre*» del sistema de justificación (87). El estado de necesi-

(85) Así, MÜNZZBERG, 1966, pp. 281-284 (aunque cfr., respecto de la legítima defensa, pp. 342-373); WOLTER, 1981, pp. 38-40, 132, 134-135, 136-142, 165-173, 357-358; FRISCH, 1983, pp. 419-448, 462; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 386-413; y más tímidamente en EL MISMO, «Legítima defensa», 2020. Una posición intermedia sostiene MIR PUIG, 2016, pp. 181, 432, 435-436, 438-440, que admite en estos casos la existencia de una «causa de exclusión de la antijuridicidad», pero no de una causa de justificación en sentido estricto (con la consecuencia de que no se derivaría de ello deber de tolerancia alguno para la otra parte implicada). En la misma línea, LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 346-348, 394-395, considera que en estos supuestos existiría una causa de justificación por exclusión solo del desvalor de acción, pero no también del de resultado (sobre esta distinción y sus consecuencias vid. núm. 69).

(86) DUFF, 2009, pp. 271-277, no considera justificadas (*justified*) sino solo «*warranted*» (lo que podríamos traducir, en este contexto, como «razonables») esta clase de conductas, reservando la primera calificación para los supuestos en los que la creencia del autor resulta además ser verdadera *ex post*. Sin embargo, de esta clasificación del autor no parece derivarse ninguna consecuencia práctica.

(87) Así, LENCKNER, 1965, pp. 135-136, 152-153; MÜNZZBERG, 1966, pp. 327-331; SEELMANN, 1978, *passim*, esp. pp. 32-45, 72-73, 74-76; MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *passim*, esp. pp. 227-228; EL MISMO, 2001, p. 396; EL MISMO, «Naturaleza del sistema...», 2006, pp. 377, 387-391; EL MISMO, «La ponderación...», 2006, pp. 267-268, 278; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 857, 861, 889; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020,

dad agresivo no hace más que consagrar la idea de que, en una situación de conflicto en la que no pueden salvarse todos los intereses en juego, es lícita cualquier intervención que no cause un mal mayor que el que se trata de evitar. Esta regla general solo entra en juego cuando el ordenamiento jurídico no resuelve expresamente la ponderación de los intereses en conflicto o, al menos, ofrece pautas *más concretas* para llevarla a cabo; que es precisamente lo que ocurre cuando resultan de aplicación la legítima defensa(88), el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber(89).

Pero si lo que el Derecho pretende, desde esta perspectiva, es que los conflictos se resuelvan de la manera menos lesiva posible, entonces no tienen sentido ninguna de las limitaciones a las que el paradigma interpersonal somete el estado de necesidad agresivo. Ni puede existir una prohibición radical de lesionar justificadamente bienes existenciales(90) –como demuestran a diario los juicios sobre el

nms. 1595-1608; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nms. 1757, 1760; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 746-747, 757, 807; MIR PUIG, 2016, pp. 461-462; GUERRA ESPINOSA, 2017, pp. 386-388; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 734.

(88) Vid. LENCKNER, 1965, pp. 137-138, 146 (que afirma lo mismo del estado de necesidad defensivo: *ibíd.* 102-103, 137); MÜNZBERG, 1966, pp. 364-368; SEELMANN, 1978, pp. 29-30, 33-34, 42-43, 64-65 (que también extiende este mismo razonamiento al estado de necesidad defensivo: *ibíd.* pp. 34-35); CARBONELL MATEU, 1982, pp. 61-63, 177-178; SANCINETTI, 1991, p. 519; MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, p. 84; EL MISMO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 217; EL MISMO, «Naturaleza del sistema...», 2006, pp. 388, 391-392; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 861, 874, 882-883, 889; EL MISMO, «Legítima defensa», 2020, nms. 1636-1638; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1757; SÁNCHEZ DAFUACE, 2016, pp. 39-40; y POSCHER, 2021, pp. 51-52, 60.

(89) Así, entre otros, LENCKNER, 1965, pp. 152-153; WARD, 1972, *passim*; CUERDA RIEZU, *ADPCP*, pp. 520, 537, 553-555; MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *passim*, esp. p. 226; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 877-878, 889; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020, nms. 1595-1608; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nms. 1762-1765; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 746-756, 807; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, pp. 87-148; ROXIN y GRECO, 2020, pp. 861-865; y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, p. 144.

(90) Subrayan correctamente la incoherencia que se produce cuando se imponen límites categóricos como este a un planteamiento del estado de necesidad, basado, por lo demás, en la ponderación de todos los intereses en juego RENZIKOWSKI, 1994, pp. 43, 205; PAWLIK, 2002, pp. 53-56, 136, 245-248; EL MISMO, *REJ*, pp. 230-231, 232; COCA VILA, 2016, pp. 238-239; WILENMANN, 2017, pp. 638-639; y GRECO, *ZStW*, p. 16. Un ejemplo inmejorablemente condensado de esta contradicción puede encontrarse en GUERRA ESPINOSA, 2017, p. 376: «Cuando se trata de conflicto de intereses se debe elegir el mal menor, sopesando todas las circunstancias que el derecho contemple y no limitada a bienes físicos. De ahí que la lógica del mal menor requiere, para no resultar perversa, considerar la prohibición deontológica de que nunca es lícito matar a un ser humano inocente. Lo contrario supone adoptar un modelo inter-

riesgo permitido, ningún bien, ni siquiera la vida, es imponderable(91), al menos no en este sentido(92)–, ni ha de exigirse, para justificar, que lo salvado prepondere *sustancialmente* sobre lo sacrificado: basta con optar por lo que, teniendo en cuenta todos los intereses en juego, sea el *mal menor*, aunque lo sea «a poca distancia» del resto de los males.

Esto no significa que el estado de necesidad agresivo otorgue una suerte de «carta blanca» para la redistribución del infortunio, pues uno de los intereses que han de tenerse en cuenta en la ponderación es el interés (conservador) del ordenamiento jurídico –consagrado en la máxima *casum sentit dominus*(93)– en preservar la distribución por defecto de las expectativas de incolumidad de los diferentes bienes

pretativo que, concerniente al principio del mal menor, permitiría cualquier atentado contra el núcleo esencial de la dignidad humana, según las consideraciones de un utilitarismo clásico o consecuencialismo sin límites» (¿se está usando «de ahí que» para decir «sin embargo»?).

(91) Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 214-217 (que extiende este argumento a la dignidad humana); EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 858; DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, pp. 407-412, 424-425 (también respecto de la prohibición de instrumentalización derivada de la dignidad humana); LADIGES, *ZIS*, pp. 135-137, 138-140; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2011, pp. 187, 190-192; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 415-416; SÁNCHEZ DAFUCE, 2016, *passim*, esp. pp. 449-451; ROSTALSKI, *ELDP*, *passim*; CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 148-150; y, aunque de forma mucho más restrictiva, MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 441-442, 454-456, 578-592, 806, que, sin embargo, considera inaceptable el uso de (cualesquiera) criterios cuantitativos o cualitativos para priorizar la salvación de unas vidas sobre otras (ibíd. pp. 582-583, 591-592, 806) y descarta cualquier ponderación cuando se trata de afectaciones importantes a la dignidad humana (ibíd. pp. 479, 788-800, 808); vid. también LA MISMA, 2010, *passim*, esp. pp. 406-407, 409-410, 439-441. La autora acaba concluyendo, así –a diferencia de los anteriormente citados–, que el homicidio *solo* podría justificarse en estado de necesidad agresivo en casos de comunidad de peligro con posibilidades asimétricas de salvación.

(92) Como argumentaré en el epígrafe 2 del apartado V, un supuesto «principio de imponderabilidad de la vida humana» solo podría tener sentido como prohibición de conferir valores diferentes a las vidas de distintos individuos –y jerarquizar en consecuencia los deberes de salvarlas– en función de factores discriminatorios como el sexo, la etnia, la discapacidad o la orientación sexual. Por lo demás, me parece muy convincente el análisis que, al respecto, lleva a cabo POSCHER, 2021, *passim*, esp. pp. 50-53, 60-61, 65-81, de acuerdo con el que esta consecuencia no se derivaría de un (supuesto) principio de imponderabilidad de la vida, sino de mandatos constitucionales mucho más categóricos, como los de respeto a la dignidad de la persona humana y no discriminación. Vid., en sentido similar, HÖRNLE, *Crim. Law and Philos.*, pp. 119-120, 128.

(93) Sobre las implicaciones jurídico-penales de este principio y, en particular, sobre los criterios (necesariamente normativos) de determinación del *dominus* en esta clase de situaciones, vid., por todos, COCA VILA, 2016, pp. 380-411; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 22-24; y EL MISMO, *CPC*, pp. 262-263.

jurídicos(94). Pero esta tendencia conservadora no es un absoluto «imponderable», sino solo uno más de los elementos que han de colocarse en la «balanza»(95): si hay elementos suficientemente valiosos en el otro «platillo», el Derecho *permite* la alteración de dicha distribución por defecto, aunque ello implique el sacrificio de vidas humanas inocentes. Lo que ni hace, ni podría hacer en un ordenamiento liberal, es imponerles a los afectados por esta desviación del infortunio un deber de soportar su propia muerte, pero de acuerdo con el paradigma jurídico-público ninguna causa de justificación jurídico-penal trae necesariamente consigo esta consecuencia.

III. DEFENSA DEL PARADIGMA JURÍDICO-PÚBLICO

En principio, la disputa entre los paradigmas interpersonal y jurídico-público de la justificación podría librarse en tres planos distintos: el de las implicaciones prácticas en casos normales, el de la compatibilidad con el Derecho positivo (en nuestro caso, con el español) y el de la pura superioridad teórica. Si cualquiera de los paradigmas tuviera ventajas sustanciales respecto del otro en el primero o el segundo de tales planos, esto sería un criterio decisivo para inclinarse por él. Si el paradigma interpersonal condujera a soluciones políticocriminalmente más satisfactorias que el jurídico-público en los grupos de casos más relevantes en la práctica, o si cualquiera de los dos fuera

(94) Así, LENCKNER, 1965, pp. 26-27, 111-114, 127-128; MIR PUIG, 2016, pp. 468-469, 480-484; y ZIMMERMANN, 2021, pp. 252-253. Vid., en la misma línea, CARBONELL MATEU, 1982, pp. 59-60; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 652-654, 788; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2011, p. 192; y LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 416-417. A consecuencias muy similares conduce el «principio de autonomía» (*Autonomieprinzip*) postulado por ROXIN y GRECO, 2020, pp. 859-861; que, por cierto, no tiene nada que ver con el principio del mismo nombre que la mayoría de los defensores (españoles) del paradigma interpersonal proponen como fundamento de causas de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo (vid. núm. 122 y el texto al que acompaña). Esta misma terminología emplean –de nuevo, con las mismas consecuencias– SEELMANN, 1978, pp. 71-72; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 513; SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, pp. 305-306, 312-313, 316-320; y MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 867, 873-874, 881-885.

(95) Por ello no creo que tenga razón KÜHNBACH, 2006, pp. 51-52, cuando sostiene que tener en cuenta esta tendencia conservadora en la ponderación de intereses de la que aquí se trata sea contradictorio con el propio punto de partida (utilitarista) en que se basa la ponderación. Esto solo ocurriría si –como cuando, por ejemplo, se defiende la «imponderabilidad» de algunos intereses– el *casum sentit dominus* se funcionara como un límite absoluto a la ponderación; pero no es esta, al menos a mi juicio, la forma más adecuada de entenderlo.

incompatible con el Derecho positivo español, no habría más que hablar (al menos, *de lege lata*). Sin embargo, este no es el caso. Como trataré de demostrar en este apartado, la situación en estas dos últimas dimensiones se aproxima al empate, por lo que no queda más remedio que jugar el partido en el campo de la superioridad teórica.

Antes de comenzar, quisiera, sin embargo, aclarar por qué no voy a referirme a lo que bien pudiera ser, en principio, un cuarto eje de comparación entre ambos paradigmas: ¿qué hay de la posible superioridad *moral* de uno sobre otro? Resulta tentador presentar la disputa entre el paradigma interpersonal de la justificación y el jurídico-público como una manifestación más del eterno debate entre deontologismo individualista y utilitarismo colectivista; como una discusión entre penalistas que toman en serio los derechos individuales y penalistas que, a la postre, no tienen problema en hacerlos ceder por razones de utilidad pública(96). A partir de este punto, solo hay que dar un paso para proclamar la superioridad moral –y quizás la superioridad a secas– del paradigma interpersonal sobre el jurídico-público: una teoría jurídica que no toma en serio los derechos individuales es insostenible en un Estado constitucional de Derecho.

No me siento cualificada para valorar si la correspondencia con un determinado ideario moral es un criterio válido para preferir una construcción jurídica sobre otra, ni siquiera para pronunciarme seriamente sobre la pretendida superioridad moral del deontologismo sobre el utilitarismo(97). Y aunque no tengo problema en declararme desde ya –por si mi preferencia por el paradigma jurídico-público pudiera dejar alguna duda al respecto– una individualista liberal, la razón por la que no voy a entrar siquiera a discutir con este argumento es porque estoy convencida de que parte de una falsa caracterización del debate(98). Veámoslo brevemente.

Los partidarios del paradigma interpersonal no son absolutos detractores del utilitarismo; no podrían serlo en el marco de una teoría jurídica del delito en la que, con independencia de su ubicación dog-

(96) Se aproximan a esta visión de las cosas PAWLIK, 2002, pp. 32-56; EL MISMO, *REJ*, pp. 231-232; COCA VILA, 2016, pp. 235-248; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 14-15; EL MISMO, *CPC*, pp. 248-250; EL MISMO, *InDret*, 2021, pp. 182-184; WIL-ENMANN, 2017, pp. 47-54; y GRECO, *GA*, pp. 673-675; EL MISMO, *ZStW*, pp. 11-19.

(97) Si es que el primero es algo más que un «precipitado histórico» del segundo; al respecto, vid., por todos, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2019, *passim*.

(98) Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 863, más incorrecto aún sería calificarlo como una disputa entre *consecuencialismo* y deontologismo. Hasta donde alcanzo, sin embargo, los defensores del paradigma interpersonal no suelen llegar a este extremo.

mática(99) se encuentra plenamente integrada la idea de riesgo permitido(100). Hasta donde alcanzo, ningún defensor del paradigma interpersonal de la justificación ha discutido nunca que los niveles sociales de riesgo permitido se basen en la agregación y ulterior ponderación (actual o históricamente cristalizada(101)) de todos los intereses en juego(102). En esto están de acuerdo con los partidarios del paradigma jurídico-público. Lo que unos y otros discuten es si *las causas de justificación* pueden tener el mismo fundamento.

A partir de este punto, el razonamiento del que parte el paradigma interpersonal es el siguiente: como las causas de justificación, a diferencia del riesgo permitido, llevan consigo la imposición de *deberes de tolerancia* de la conducta justificada, la fundamentación utilitarista es insuficiente. Para hacer ceder los derechos individuales de la persona finalmente perjudicada por el conflicto, más allá de sus deberes de *solidaridad mínima*, es necesario que esta no sea del todo ajena al conflicto; que (en un sentido más o menos lato de la expresión) lo haya desencadenado a través del ejercicio de su *autonomía*. En otras palabras: hace falta una fundamentación no utilitarista de las causas de justificación (autonomía, solidaridad(103)) *en tanto* conllevan deberes de sacrificio de los individuos afectados por las conductas justificadas.

El debate entre el paradigma interpersonal y el jurídico-público *sería* un debate entre deontologismo y utilitarismo *si* los partidarios del segundo estuvieran sosteniendo que pueden imponerse a los individuos afectados por las conductas justificadas deberes de soportarlas en aras de la pura utilidad general. Pero no es necesario sostener algo tan moralmente discutible para defender el paradigma jurídico-público, porque este se basa en una idea mucho más simple: la de que

(99) Aunque la inmensa mayoría de la doctrina lo considera hoy en día una causa de atipicidad, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, esta caracterización sigue sin ser unánime. Los detractores de la teoría de la imputación objetiva – fundamentalmente, finalistas y partidarios de la llamada «teoría analítica de la imputación»– lo consideran una causa de exclusión de la imputación a título de imprudencia, ya se ubique esta al nivel del tipo objetivo (finalismo) o de la imputación subjetiva «de primer nivel» (teoría analítica de la imputación).

(100) Una buena muestra de cómo los partidarios del paradigma interpersonal no tienen reparos en admitir una fundamentación netamente utilitarista del riesgo permitido puede encontrarse en GRECO, 2019, pp. 491-492 (en torno a la discusión alemana sobre la programación de vehículos autónomos).

(101) Así, JAKOBS, 1991, pp. 200-201; EL MISMO, 1996, pp. 103-104, 119-122, 141.

(102) Vid. núm. 20 y el texto al que acompaña. De hecho, para un defensor del paradigma interpersonal como SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 166, 169, 174-184, en esta misma clase de cálculos utilitaristas se basa la categoría de la exculpación.

(103) Vid., por todos, BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 47-69; RENZIKOWSKI, 1994, pp. 178-199; WILENMANN, *InDret*, 2014, pp. 8-9; y COCA VILA, 2016, pp. 248-275.

las causas de justificación, al igual que el riesgo permitido, *no van necesariamente ligadas a deberes de tolerancia* (requieran estos la clase de fundamentación que requieran). Es perfectamente posible, en definitiva, sostener que los deberes de tolerancia requieren una fundamentación más allá del utilitarismo, mientras que esta es más que suficiente para fundamentar la justificación penal en sí misma considerada. Yo misma tendería a identificarme con esta afirmación.

1. Las implicaciones prácticas en casos normales

Aunque estoy convencida de que el paradigma jurídico-público tiene implicaciones prácticas más satisfactorias que el interpersonal cuando uno y otro se aplican a un pequeño grupo de supuestos *extremos* de conflicto existencial –a los que dedicaré el apartado V de este trabajo–, lo cierto es que las soluciones penales que ambos paradigmas ofrecen a la inmensa mayoría de supuestos son idénticas (e igualmente sensatas). Las diferencias con relevancia práctica entre ellos podrían, en principio, radicar en dos puntos: la valoración *ex ante* o *ex post* de la concurrencia de los presupuestos de la legítima defensa (y del estado de necesidad defensivo) y los límites del estado de necesidad agresivo, sobre todo en lo que se refiere a la exigencia de que lo salvado prepondera sustancialmente sobre lo sacrificado y a la posibilidad de lesionar justificadamente intereses existenciales. Sin embargo, salvo en los grupos de casos a los que me referiré en el apartado V, ninguno de estos aspectos resulta normalmente relevante en la práctica.

En cuanto al primero de los puntos, el paradigma interpersonal y el jurídico público conducen a soluciones *dogmáticamente* diferentes en un grupo de casos ya de por sí bastante excepcionales: los de error «razonable» u «objetivamente invencible» sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de la legítima defensa (y del estado de necesidad defensivo). En estos supuestos, los defensores del paradigma interpersonal no consideran justificada la conducta del autor, porque no pueden fundamentar un deber del perjudicado por el conflicto de tolerar la acción «defensiva»(104), pero invariablemente consideran al primero exento de responsabilidad penal por error invencible(105). Los partidarios del paradigma jurídico-público, por

(104) La única excepción son, como vimos, los supuestos de creación responsable por parte del propio perjudicado por el conflicto de la *apariencia* de una agresión ilegítima (vid. núm. 31 y el texto al que acompaña).

(105) De tipo o de prohibición, según la teoría que a su vez se sostenga sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación; un debate en el que, por razones obvias, no voy a entrar

su parte, justifican la conducta el autor, pero sin que ello implique deber de tolerancia alguno para la parte finalmente perjudicada por el conflicto. En definitiva, ni unos ni otros sostienen que deba castigarse al autor, ni que (con carácter general) la víctima tenga el deber de soportar la conducta de este último, sin defenderse a su vez.

Respecto de las restricciones al estado de necesidad agresivo sucede, a la postre –y, de nuevo, dejando al margen los grupos de casos que trataré en el apartado V–, algo muy similar. Existe un acuerdo unánime sobre la posibilidad de lesionar justificadamente intereses patrimoniales no existenciales para proteger intereses personales o intereses patrimoniales sustancialmente más valiosos, por mucho que ello implique alterar el reparto por defecto de las oportunidades de subsistencia de los bienes. Más allá de este límite, el paradigma interpersonal no admite el sacrificio justificado de intereses ajenos a la situación de conflicto, salvo que se cumplan los presupuestos de la colisión de deberes. El paradigma jurídico-público *parece* llevar el estado de necesidad agresivo justificante mucho más allá: todo es ponderable y basta una preponderancia mínima de intereses para admitir la justificación. Sin embargo, en cuanto se introduce en la ponderación el interés del ordenamiento jurídico en preservar el *statu quo* salvo que existan poderosas razones para alterarlo(106), lo cierto es que las soluciones no son tan distintas(107): más allá de la colisión de deberes –que para el paradigma jurídico-público no es más que un caso particular de estado de necesidad(108)– la lesión de intereses existenciales solo se permite con carácter muy excepcional, y casi siempre en supuestos en los que, para los partidarios del paradigma interpersonal, existiría en todo caso un estado de necesidad *exculpante*(109); piénsese, por ejemplo, en el caso de la *Mignonette*. De nuevo, existe acuerdo sobre la impunidad (sea por justificación o por

aquí. A su vez, en función de la construcción de la teoría jurídica del delito que se defienda, el tratamiento como error invencible de tipo podrá dar lugar a la atipicidad o (minoritaria, pero más correctamente a mi juicio) a la exculpación; y el tratamiento como error invencible de prohibición excluirá la culpabilidad (doctrina mayoritaria) o la antijuridicidad (p. ej., PAREDES CASTAÑÓN, 1995, p. 36; o SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 565, 651-652). En todo caso, esta eximente en ningún caso traerá consigo la consecuencia que, de acuerdo con el paradigma interpersonal, acarrea cualquier causa de justificación: el surgimiento de un deber de tolerancia para el perjudicado por el conflicto.

(106) Vid. texto junto a las nn. 93-94.

(107) Lo observa correctamente GRECO, *ZStW*, pp. 17-18.

(108) Muy claramente, en este sentido, CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 134-136, 145.

(109) O, si estuviéramos en Inglaterra o Gales, se recomendaría la no persecución o el indulto.

exculpación) y también, en todo caso, sobre la ausencia de un deber del perjudicado por el conflicto de soportar la pérdida de sus bienes.

2. La compatibilidad con el Derecho positivo

¿Es alguno de los paradigmas *incompatible* con el Derecho positivo español? A primera vista, el jurídico-público no solo no lo es, sino que parece la interpretación más plausible de la regulación española del estado de necesidad, a imagen de la correspondencia que, como vimos, parece existir entre el paradigma interpersonal y los ordenamientos alemán e inglés(110). El Derecho español no contiene regulaciones separadas para el estado de necesidad justificante y exculpante, sino un único precepto que declara –en lo que aquí interesa– que «están exentos de responsabilidad criminal: [...] [e]l 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 [...] el mal causado *no sea mayor* que el que se trate de evitar» (art. 20.5.º CP).

Sin entrar a valorar todavía si se trata de la única lectura posible del precepto, parece claro que la más natural pasa por no distinguir donde el legislador no distingue –acogiendo una teoría *monista* del estado de necesidad(111)– y por entender que lo que aquí se recoge es una causa de justificación, no una de exculpación(112). Su redacción en términos de comparación de *males*, abarcando incluso la causación de un mal *igual* al que se trata de evitar, permite, por lo demás, entender comprendidos en el precepto tanto el estado de necesidad agresivo, como la colisión de deberes (sean de distinto o del mismo

(110) Vid. epígrafe 1 del apartado II, a partir de la núm. 79. Al menos en este punto –aunque creo que el régimen jurídico de la tentativa es otro buen ejemplo– puede darse la razón a MATUS ACUÑA, *Política Criminal*, pp. 6-7, en que la tradición penal hispánica se encuentra tan alejada de la alemana como de la anglosajona.

(111) Así, p. ej., ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 30-46; CUERDA RIEZU, 1984, *passim*, esp. pp. 244-246; GIMBERNAT ORDEIG, 1990, *passim*; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, *passim*, esp. pp. 105-107, 109, 803; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2011, pp. 186-187; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 538-539; MIR PUIG, 2016, pp. 469-470, 622-623 (que, sin embargo, reconoce *a su vez* en el miedo insuperable una genuina causa de exculpación, con requisitos similares a los del estado de necesidad exculpante alemán); y, con algunas particularidades, ROBLES PLANAS, 2011, pp. 118, 126-127. En este sentido, ha señalado HIRSCH, que nuestro artículo 20.5.º CP «porta la letra de la teoría unitaria» (2008, p. 1006).

(112) Como defendí en la núm. 39, lo que resultaría sumamente extraño, teniendo en cuenta sus requisitos, sería entender el estado de necesidad español *exclusivamente* como una causa de exculpación; una interpretación del artículo 20.5.º CP que, hasta donde alcanzo, nunca ha sido propuesta.

rango(113)) y el estado de necesidad defensivo, en el que la posibilidad de reconducir el origen del conflicto a la esfera de organización de la parte finalmente perjudicada determina que se considere «mal menor» cualquier lesión de sus intereses no desproporcionadamente superiores que sea necesaria para preservar los de la persona necesitada(114).

No obstante, es precisamente el carácter *extremadamente abierto* de la regulación española del estado de necesidad lo que impide, a mi juicio, sostener que el paradigma interpersonal de la justificación sea *incompatible* con nuestro Derecho positivo. Pese a las muy razonables críticas que se han vertido contra ella(115), sigue siendo mayoritaria en nuestra doctrina la interpretación *dualista* del artículo 20.5.º CP, de acuerdo con la que el precepto contiene a la vez una causa de justificación y una de exculpación(116). La cesura entre la colisión de deberes y el estado de necesidad agresivo propia del paradigma interpersonal puede lograrse sin problemas reconduciendo la primera al artículo 20.7.º CP (cumplimiento de un deber), en lugar de al artículo 20.5.º CP(117); y tampoco el estado de necesidad defensivo tiene por qué considerarse abarcado por este último precepto sino que –como «legítima defensa en miniatura» que es, de

(113) Donde se infringe un deber, causando, respectivamente, un mal menor o uno igual al que se trata de evitar. Vid., en este sentido, CUERDA RIEZU, 1984, *passim*, esp. 55, 244-246, 253-256, 270-273 (si bien, para el autor, las colisiones entre un deber penal y otro extrapenal habrían de reconducirse, excepcionalmente, a la exigencia de cumplimiento de un deber: *ibíd.*, pp. 254-255); CUERDA ARNAU, 1997, núm. 65 (p. 45); MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 1, 50-51, 108, 803; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 410-411; MIR PUIG, 2016, pp. 464-465, 477; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 873; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1810; y CUELLO CONTRERAS, *InDret*, p. 495.

(114) Así, MIR PUIG, 2016, p. 481; y, en relación con el Derecho alemán, ROXIN y GRECO, 2020, pp. 870-872. Cfr., no obstante, respecto del artículo 20.5.º CP, HIRSCH, 2008, pp. 1008-1009. Este es, como se recordará, el mismo razonamiento que permite a los partidarios del paradigma jurídico-público considerar también la legítima defensa un supuesto particular de estado de necesidad (vid. núm. 88).

(115) Vid., por todos, ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 30-46; GIMBERNAT ORDEIG, 1990, *passim*; LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 219-221, 590; EL MISMO, 2016, pp. 407, 547; y MIR PUIG, 2016, pp. 468-469.

(116) Vid., p. ej., RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 238-240; CUERDA ARNAU, 1997, pp. 68, 202-211; SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 156-157, 184; o MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 386-408.

(117) COCA VILA, 2016, pp. 520-525; EL MISMO, *InDret*, 2017, núm. 41 (p. 10); una posibilidad que tampoco rechaza categóricamente MIR PUIG, 2016, p. 466, si bien señala que la exigencia de cumplimiento de un deber «debe reservarse para casos más específicos».

acuerdo con esta teoría(118)– puede construirse por analogía con el artículo 20.4.º CP(119).

Por lo demás, parece claro que la interpretación de lo que constituye un «mal menor» a los efectos de la justificación por estado de necesidad agresivo puede ajustarse a placer para adaptarse a los postulados de cualquiera de los dos paradigmas, sin violentar en absoluto la letra de la ley. Se puede sostener, como haría un partidario del paradigma jurídico-público, que la cláusula permite salvar intereses *mínimamente* preponderantes, siempre que la comparación tenga en cuenta *todo* lo que está en juego: responsabilidad del perjudicado en la generación del conflicto, interés del ordenamiento en la preservación del *statu quo*, efectos a largo plazo de la permisión de esta clase de conductas, etcétera. Pero también cabe perfectamente en el precepto la interpretación que de él haría un defensor del paradigma interpersonal: «mal menor» es solo aquel que el perjudicado por el conflicto (necesariamente ajeno a su origen) se puede ver obligado legítimamente a tolerar; uno que resulte *sustancialmente* inferior al que se trata de evitar y que en ningún caso comprometa sus intereses existenciales.

Finalmente, la regulación española tampoco ofrece ninguna pista sobre otros dos aspectos que podrían inclinar su interpretación del lado de uno u otro paradigma: la posibilidad de reaccionar justificadamente ante una conducta a su vez justificada y la valoración *ex ante* o *ex post* de la concurrencia de una «agresión ilegítima» a los efectos de la legítima defensa (art. 20.4.ºPrimer CP). De nuevo, todas las opciones caben dentro de la letra de la ley y –a diferencia de lo que, a mi juicio, sucede en relación con la regulación del estado de necesidad– aquí ni siquiera puede afirmarse que una interpretación resulte más natural o plausible que la otra. Parece, por tanto, que los argumentos decisivos a favor de uno u otro paradigma han de buscarse en otro plano.

3. La elegancia teórica: *entia non sunt multiplicanda*

Que las dos construcciones teóricas de la justificación penal que aquí se han presentado permitan alcanzar soluciones igualmente sensatas para todos los casos *normales* y que las dos sean, a la vez, compatibles con el Derecho positivo español es, ante todo, un motivo de

(118) Vid. núm. 33 y el texto al que acompaña.

(119) Así, WILENMANN, 2017, pp. 463-464. Una construcción del estado de necesidad defensivo por analogía tanto con la legítima defensa (art. 20.4.º CP) como con el estado de necesidad agresivo (art. 20.5.º CP) proponen LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 418-420; y, siguiéndolo, MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 721-722; LA MISMA, 2010, p. 412.

alegría: permite concluir que ninguno de los participantes en este debate está defendiendo nada insostenible *de lege lata* y (lo que es más importante) confiar en que la existencia de esta controversia académica no interferirá negativamente en la aplicación razonable del Derecho. Esto mismo, sin embargo, nos deja pocos criterios –y criterios necesariamente débiles– para evaluar críticamente los paradigmas y decantarnos por uno u otro. De hecho, a mi juicio, solo quedan dos: la elegancia teórica (medida en términos de simplicidad (120)) y las implicaciones prácticas en casos *excepcionalmente difíciles*.

En el presente epígrafe voy a tratar de demostrar que el paradigma interpersonal es una teoría de la justificación penal *más compleja* que el paradigma jurídico-público, y que lo es, además, *innecesariamente*, lo que convierte al segundo en una teoría más elegante. En el siguiente apartado del artículo (IV) sostendré, sin embargo, que la complejidad del paradigma interpersonal es solo *penalmente* innecesaria, pero puede resultar enormemente fructífera si se aplica al campo de la responsabilidad civil por sacrificio. Finalmente, en el apartado V, me ocuparé de las implicaciones prácticas de ambos paradigmas en los casos «de vida o muerte» cuyo tratamiento he orillado hasta ahora en el trabajo, defendiendo, de nuevo, la superioridad del paradigma jurídico-público de la justificación para resolverlos.

El paradigma jurídico-público difícilmente puede ser más simple, en la medida en que reduce todas las causas de atipicidad y las de justificación a un único fundamento (utilitarista): el principio del interés preponderante (121). Frente a ello, solo en lo tocante a la resolución penal de conflictos entre bienes jurídicos que requieren el sacrificio de

(120) Parto aquí de la base, ampliamente compartida, de que la mejor teoría (científica o jurídica) es la que consigue resolver los problemas a los que se trata de dar respuesta empleando para ello el menor número de categorías posible. La complejidad de una teoría ha de ser, en definitiva, la *mínima necesaria*. Vid., en este sentido, por todos, PEÑARANDA RAMOS, 1991, pp. 52-54; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, *passim*;

(121) En algunas de sus versiones, que admiten la llamada «justificación personal» la complejidad llega a reducirse todavía más, en la medida en que se reconducen también a la justificación la práctica totalidad de los supuestos que la doctrina mayoritaria considera de estado de necesidad *exculpante*; vid. MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, núm. 95 (pp. 663-664); EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 861, 863-864, 872, 879-880; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020, nm. 1590; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1818; y SÁNCHEZ DAFUACE, 2016, *passim*, esp. pp. 39, 41, 267, 298-305, 332-338. Aunque entrar a valorarlas extendería esta contribución más allá de los límites razonables, las he defendido en PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 2, apartado IV.3.c y d, argumentando, sin embargo, que solo resuelven más problemas dogmáticos de los que generan si se combinan con un principio de accesoriidad *mínima* de la participación, en lugar de con la habitual accesoriidad limitada.

alguno de ellos(122), los defensores del paradigma interpersonal distinguen –como mínimo– tres categorías dogmáticas con fundamentaciones diversas: el riesgo permitido, basado en el principio del interés preponderante; las causas de justificación basadas en el principio de *autonomía*(123) (por ejemplo, legítima defensa, estado de necesidad defensivo); y las causas de justificación basadas en el principio de *solidaridad* (por ejemplo, estado de necesidad agresivo). Y la razón por la que estos autores consideran necesaria esta diversidad de categorías (y de fundamentaciones) ya la he señalado varias veces: las causas de justificación llevan aparejados deberes de tolerancia de los perjudicados por el conflicto y tales deberes no admiten una fundamentación utilitarista.

Si creo que el paradigma jurídico-público de la justificación es teóricamente superior al interpersonal es porque tengo para mí que los deberes de tolerancia –y la consiguiente diversidad de categorías a la que da lugar su fundamentación– son una pieza *innecesaria* en la construcción *penal* de la justificación. Todo lo que el Derecho penal necesita para cumplir sus funciones es decidir si *el autor* del delito ha de ser castigado y (a lo sumo(124)) si *su* conducta fue lícita o ilícita. Y todo esto puede determinarse con total independencia de que, a su vez, se considere lícita o ilícita la *reacción* del resto de implicados en el conflicto ante la conducta potencialmente justificada (si es que esta se produce). Para ello, basta con admitir algo tan sencillo que cuesta ver por qué lo descartan tan efusivamente los partidarios del paradigma interpersonal de la justificación: la posibilidad de obstaculizar o impedir justificadamente una conducta a su vez justificada. Veámoslo con un ejemplo(125).

Supongamos que, durante un paseo nocturno por una zona solitaria de la ciudad, Ana es atacada por Beatriz, que le ordena que le

(122) Es decir, sin entrar siquiera en la fundamentación del consentimiento, sea como causa de atipicidad o de justificación. Los partidarios del paradigma jurídico-público tienden a reconducir también esta institución al principio del interés preponderante; vid., por todos, MÜNZBERG, 1966, pp. 310-319; CARBONELL MATEU, 1982, pp. 63, 177; y MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 209-210; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 889; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020, nm. 1580. Cf., no obstante, SEELMANN, 1978, pp. 30-32, 69-70.

(123) O, en la terminología original –quizás más acertada, pero menos difundida en la doctrina española– de JAKOBS, 1991, p. 350, «principio de responsabilidad» (*Verantwortung*) o, si se quiere abarcar todos los supuestos de estado de necesidad defensivo, «de ocasionamiento» (*Veranlassung*).

(124) A los efectos, por ejemplo, de una posible responsabilidad penal de los partícipes, si se acoge el principio de accesoriadad limitada.

(125) Debo este caso al Profesor Puente Rodríguez.

entregue todo lo que lleva en los bolsillos. Ana sale corriendo del lugar, pero, un par de manzanas más adelante, justo cuando cree haber conseguido escapar, se da de bruces con Carmen, la hermana gemela de Beatriz, que se encuentra paseando tranquilamente por allí. Creyendo que se trata de Beatriz, que la ha seguido y pretende continuar con el robo, Ana le propina a Carmen un fuerte puñetazo en la cara, fracturándole la nariz, y retoma la huida acto seguido. ¿Está justificada la conducta de Ana?

Para un defensor del paradigma jurídico-público esta es una pregunta muy fácil: sí lo está, en legítima defensa. ¿O acaso no habría creído razonablemente cualquiera en la posición de Ana que estaba siendo víctima de un robo? Dando por hecho que Ana contuvo esta amenaza –que solo desde una perspectiva *ex post*, inaccesible para cualquiera en su posición en el momento de la conducta, se revela inexistente– empleando el medio menos lesivo a su alcance para defender su propiedad, ¿podía esperar el Derecho algo distinto de ella? Afirmar que lo que hizo Ana estaba *prohibido* no parece en absoluto justo y, sin embargo, los partidarios del paradigma interpersonal no pueden decir otra cosa, en la medida en que (para ellos) esto implicaría necesariamente sostener algo que resulta *todavía más injusto*: que Carmen no habría podido impedir justificadamente que Ana le diera un puñetazo; que Carmen tenía el deber (penal) de no interferir con –de tolerar– la conducta «defensiva» de Ana(126). A estos autores no les queda, pues, más remedio que declarar prohibida la conducta de Ana y eximirla de responsabilidad penal por otra vía: el error invencible(127).

¿Pero de verdad es necesaria esta maniobra? ¿Por qué tiene el Derecho penal que ponerse del lado de Ana o del de Carmen? Si la respuesta que parece más justa y razonable –la que probablemente nos daría cualquier profano– es que Ana no hizo *nada malo*, pero que *tampoco* lo habría hecho Carmen si se hubiera defendido del puñetazo,

(126) Aquí vuelve a apreciarse un cierto paralelismo entre la construcción de las causas penales de justificación propia del paradigma jurídico-público y la de las causas de exclusión del injusto penal llevada a cabo por GÜNTHER (vid. núm. 76). Y es que, para el autor, las causas de exclusión del injusto penal que no son a su vez causas de justificación generales –en concreto, las situaciones análogas al estado de necesidad– resultarían precisamente aplicables a situaciones en las que existe «un campo de tensión irresoluble: por un lado, si se pone el foco en la posición del *autor*, una desvaloración penal del hecho parece exagerada; sin embargo, si se pone en la de la *víctima*, resultaría igualmente injusto obligarla a soportar la injerencia» (1983, p. 331).

(127) Otra vez, de tipo o de prohibición según la teoría que se mantenga (vid. núm. 105).

lesionando a Ana(128), ¿por qué bloquearla de esta manera? Los partidarios del paradigma interpersonal tienen una respuesta, pero esta no resulta, a mi juicio, convincente.

Se trata de lo que podríamos llamar el argumento del «regreso al estado de naturaleza»: si no se acompañan las causas de justificación con deberes de tolerancia, si el Derecho no toma partido por alguna de las partes en el conflicto, entonces se produce una suerte de «guerra de todos contra todos» en la que la fuerza se termina imponiendo sobre la ley. En palabras de Coca Vila, el planteamiento aquí defendido

«conduce en un primer momento a dejar en manos del más fuerte la solución del conflicto, para, en un segundo momento, acabar sumiendo a todos los agentes implicados en la situación de conflicto en el más absoluto caos normativo y empírico como consecuencia de un carrusel de acciones defensivas entrecruzadas cuasi-justificadas»(129).

Este argumento me parece sumamente atendible(130). La pregunta es, ¿conduce realmente a un resultado distinto el paradigma interpersonal? Pensemos, de nuevo, en ejemplos como el de las gemelas. El paradigma jurídico-público considera justificadas todas las alternativas de conducta de las intervinientes. Si Ana le pega un puñetazo a Carmen por haberla confundido (razonablemente) con su atra-

(128) Así, p. ej., FLETCHER, 1978, pp. 766-796; SMITH, 1989, pp. 20-27; GOU-DKAMP, 2013, pp. 90-97; o SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 715-716.

(129) COCA VILA, 2016, p. 459. Vid. también EL MISMO, *InDret*, 2017, p. 33; EL MISMO, *ELDP*, pp. 66-67. En el mismo sentido, señala MARTÍN LORENZO que la posición que admite reaccionar en estado de necesidad justificante frente a una conducta también justificada por estado de necesidad «se aparta del principio de que no cabe oponer un comportamiento justificado a otro y ese posible encadenamiento de estados de necesidad justificantes conduce a una lucha en la que impera la ley del más fuerte, el «derecho del puño», sancionado aquí por el ordenamiento jurídico en abierta oposición con la función protectora del Derecho penal» (2009, p. 391). También puede traerse a colación aquí la observación de SILVA SÁNCHEZ de que admitir una justificación (por estado de necesidad agresivo) no ligada necesariamente a un deber de tolerancia por parte de la víctima «tiene algo de paradójico. Pues conduce a la siguiente conclusión: el que obra en estado de necesidad, si tiene éxito, es decir, consigue la causación del mal menor necesario para evitar el mal mayor, no es sancionado. Pero, antes de conseguirlo, es decir en el momento de actuar, el Derecho no le respalda frente a quien se oponga a su conducta, de modo que, si es este último quien tiene éxito, tampoco el Estado le somete a pena alguna. Y el primero no podría reclamar el auxilio de los órganos del Estado para que le ayudaran a neutralizar la resistencia del afectado» (2005, p. 1008).

(130) No creo, por tanto, contra lo que opina GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, que lo que subyace a la teoría penal de la justificación basada en los deberes de tolerancia sea ni mucho menos «una especie de *horror vacui*, una aversión a que en caso de conflicto no haya siempre una solución «correcta»» (2006, p. 226).

cadora, actúa en legítima defensa; si Carmen se defiende a su vez del ataque de Ana, lesionándola, actúa también en legítima defensa. Esto –argumentan los partidarios del paradigma interpersonal– conduce a una solución indeseable: quien salga ganando de esta clase de situaciones será quien tenga más fuerza para imponer su derecho; los más débiles serán siempre los que terminen resultando lesionados.

¿Qué propone, frente a esto, el modelo interpersonal de la justificación penal? Sencillamente, una declaración de que la conducta de Ana es antijurídica, pero se encuentra exenta de responsabilidad penal por error invencible. Esta declaración solo puede tener lugar, por hipótesis, en un momento («legislativo») *anterior* al concreto conflicto o en un momento (judicial) *posterior* a él. En este segundo momento, las declaraciones no sirven de nada, porque el conflicto ya se ha dirimido de uno u otro modo con independencia de ellas. En cuanto al momento «legislativo», la única declaración que aquí podría formularse es una sumamente abstracta: nunca está justificado matar o lesionar gravemente a alguien que no ha originado el conflicto de manera autorresponsable. Esta declaración no podría, como es obvio, disuadir a Ana de comportarse como lo hizo, pues Ana creía –como habría creído cualquiera en su situación– que Carmen *la estaba agrediendo* ilícitamente. Ana trataría de atacar a Carmen para defenderse y lo conseguiría finalmente, o no, según las capacidades (¡fácticas!) de Carmen de defenderse a su vez.

En definitiva, ni la declaración de ilicitud anterior al conflicto ni la posterior a él consiguen impedir que se produzca la «guerra de todos contra todos» en la que siempre gana el más fuerte (131). Y lo más

(131) Exactamente lo mismo ocurre en relación con otro de los grupos de casos respecto de los que el paradigma interpersonal y el jurídico-público tienden a conducir a soluciones divergentes: el de los conflictos existenciales. Señala correctamente, en este sentido, SÁNCHEZ DAFAUCE que la crítica a la posibilidad de admitir una justificación no ligada a deberes de tolerancia «está basada principalmente en la afirmación de que conduce a un caos jurídico. [...] Pero esta crítica no es convincente. En primer lugar, porque pese a una hipotética afirmación de antijuridicidad de una de las conductas enfrentadas en las situaciones de conflicto existencial se produce de hecho un ámbito de *ausencia de intervención penal*, pues finalice como finalice el conflicto, en ningún caso conducta alguna va a conducir a la aplicación de una pena o una medida de seguridad» (2016, núm. 438, pp. 297-298). Y es que, como afirma ZIELINSKI, «[l]a solución «libre de contradicciones» de la teoría tradicional de la justificación no tiene efecto regulativo alguno; tampoco ella puede impedir que se produzca el conflicto señalado. Es una solución meramente aparente. Cuando ambos autores reaccionan a la situación de conflicto del mismo modo que lo habría hecho en su lugar la personificación (¡no omnisciente!) del ordenamiento jurídico, entonces han actuado «conforme a Derecho», incluso cuando ello conduce a que –lamentable, pero inevitablemente– hayan tenido que quitarse la vida el uno al otro» (1973, p. 301).

importante es reparar en que *no existe un tercer momento*. Cuando uno lee a los defensores del paradigma interpersonal, tiene la sensación de que piensan que el Derecho puede «aparecer mágicamente» en el instante crítico del conflicto y garantizar el cumplimiento de los deberes de tolerancia; que puede, por así decirlo «bajar a la tierra» e impedir que quien va a padecer una injerencia justificada en sus intereses reaccione agresivamente para protegerlos. Pero esto, evidentemente, no es así. Es, por tanto, perfectamente cierto que las situaciones de conflicto entre los intereses de dos o más individuos en las que resulta necesario el sacrificio de algunos de ellos pueden terminar derivando, en la práctica, en un regreso al estado de naturaleza en el que prima el derecho del más fuerte; un problema que, como no podría ser de otra manera, se acentúa cuando están en juego intereses existenciales. Pero *ninguna teoría de la justificación jurídico-penal* puede impedir que esto sea así. Y si los deberes de tolerancia no son sino la pieza que el paradigma interpersonal de la justificación introduce para tratar (sin éxito) de impedirlo, entonces creo que lo mejor es acoger el camino más simple para lograr los mismos objetivos: el paradigma jurídico-público.

IV. EL LUGAR DEL PARADIGMA INTERPERSONAL: HACIA UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SACRIFICIO

Si el paradigma interpersonal de la justificación jurídico-penal es innecesariamente más complejo que el jurídico-público, ello se debe a que –a diferencia de este último– se carga con un problema que no solo no es propiamente penal, sino que, además, como he tratado de demostrar, el Derecho penal no tiene las herramientas para resolver: trata de alcanzar un *equilibrio justo* entre los intereses de las personas beneficiadas y perjudicadas por un sacrificio necesario de intereses. Hay una rama del ordenamiento jurídico cuyo cometido específico es, precisamente, dar respuesta a esta clase de problemas, pero no es el Derecho penal, sino el Derecho de daños. La cuestión (¡interpersonal!) de quién ha de soportar definitivamente los costes de una interacción a raíz de la que los intereses de una de las partes resultan lesionados es un problema de Derecho privado; en concreto, un problema de responsabilidad civil.

En el apartado anterior de este trabajo, he tratado de defender que la sofisticada teoría de los deberes de tolerancia desarrollada por los defensores del paradigma interpersonal resulta prescindible en el

marco de una teoría penal de la justificación. Creo, sin embargo, que estos autores han dado con ella un paso definitivo –que haya sido o no intencional es lo de menos– hacia la elaboración dogmática de una institución hasta ahora injustamente marginada por la doctrina civilista(132): la responsabilidad civil por sacrificio. Con el fin de demostrar la utilidad que, según creo, puede tener la primera de estas construcciones en el desarrollo de la segunda, comenzaré describiendo los rasgos fundamentales que caracterizan a dicha forma de responsabilidad civil. Y, para ello, nada mejor que volver a las abejas.

Como se recordará, el artículo 612 CC permite al propietario de un enjambre de abejas que escapan al fundo vecino (siempre que no esté cercado)(133) penetrar en este sin necesidad de que su dueño consienta –e incluso contra su oposición(134)– para perseguir su enjambre. El propietario de las abejas puede causar en el fundo vecino todos los daños que sean necesarios para recuperarlas; imagínese, por ejemplo, que para hacerlo tiene que correr sobre los sembrados del vecino, arruinando la futura cosecha. Todas estas conductas están permitidas, son perfectamente lícitas («el propietario de un enjambre de abejas *tendrá derecho* a perseguirlas...»)(135), pero acarrearán la obligación de quien las realiza de «indemnizar al poseedor [del fundo ajeno] el daño causado».

Aunque es probablemente, como ya señalé(136), una de las más antiguas, el precepto comentado, no es, sin embargo, la única manifestación de esta forma tan particular de responsabilidad civil por hecho lícito que existe en el Derecho español y en otros de nuestro entorno. El propio Código Civil establece, en su artículo 569, que «si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue»(137). Esta misma estructura tiene la regulación de la llamada «avería gruesa», tradicionalmente contenida en el Código de Comercio (arts. 811 ss.) y ahora –con modificaciones irrelevantes en lo que aquí

(132) Con las honrosas excepciones mencionadas en la núm. 18.

(133) Si lo está, tiene que pedir el consentimiento del dueño del fundo, pero este no puede denegárselo salvo que él mismo ponga las abejas a disposición del propietario del enjambre. Así, PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1558.

(134) PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1557-1558.

(135) PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1557.

(136) Vid. texto junto a la núm. 15.

(137) Una interpretación del precepto en esta línea puede encontrarse en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 201-203.

interesa— en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima (LNM, arts. 347 ss.)(138).

De acuerdo con el artículo 347 LNM, «existe acto de avería gruesa cuando, intencionada y razonablemente, se causa un daño o gasto extraordinario para la salvación común de los bienes comprometidos en un viaje marítimo con ocasión de estar todos ellos amenazados por un peligro». En este caso, «los daños o gastos ocasionados [...] serán soportados por los titulares de los intereses en riesgo en el momento de la avería, en proporción y con el límite del valor salvado de cada uno de ellos» (art. 349 LNM). Así, por ejemplo, cuando el buque corre el riesgo de hundirse —con todas las pérdidas materiales e incluso personales que ello implica— salvo que se arroje por la borda parte de la carga, la tripulación puede hacerlo(139), pero los daños causados a quienes hayan visto sacrificada su propiedad serán indemnizados por aquellos a quien haya beneficiado la avería.

Otra manifestación muy clara de esta forma de responsabilidad —que no en vano se designa a veces como «cuasiexpropiatoria»— es la que contempla, en relación con las Administraciones Públicas, el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF):

«Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización»(140).

El precepto no hace más que convertir en regla general lo que desde principios del siglo XX se establece legislativa y reglamentariamente, por ejemplo, en relación con el sacrificio obligatorio de animales para la prevención de epizootias y plagas; materia regulada hoy en

(138) Así, GÓMEZ CALERO, 1992, pp. 37-39; BUSTO LAGO, 1998, pp. 372, 373; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, p. 139; y GONZÁLEZ PELLICER, *Diario La Ley*, pp. 1-2.

(139) El antiguo artículo 815 CCom establecía, incluso, un (sensato) orden de prelación en la echazón de los efectos transportados: primero debían arrojarse «los que se hallaren sobre cubierta, empezando por los que embarquen la maniobra o perjudiquen al buque, prefiriendo, si es posible, los más pesados y de menos utilidad y valor» y solo después «los que estuvieren bajo la cubierta superior, comenzando siempre por los de más peso y menos valor, hasta la cantidad y número que fuese absolutamente indispensable».

(140) Concreta el precepto que dicha indemnización lo será «de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas».

los artículos 20 y 21 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal (LSanA): la autoridad competente puede ordenar el sacrificio de animales en la medida que sea necesaria para contener la propagación de enfermedades infecciosas, siendo sus propietarios, en su caso, indemnizados por la Administración(141). La lógica de estas normas es idéntica a la de las regulaciones hasta ahora examinadas: se lleva a cabo (intencionalmente) una conducta *lícita* –o incluso debida– de sacrificio necesario, pero los beneficiados por ella(142) han de indemnizar a los sacrificados.

Esta es, por último(143), la misma idea que subyace a la norma que, desde el Código Penal de 1848, regula en España la responsabilidad civil *ex delicto* por daños causados en estado de necesidad(144). A pesar de que, como es sabido, la regulación de esta eximente tardó

(141) Al respecto, vid., por todos, DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*. El autor argumenta, sin embargo, que esta clase de indemnizaciones no caben dentro de la lógica (indemnizatoria) de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la medida en que, según los principios generales por los que esta se rige, debería afirmarse en este caso un deber de los propietarios de soportar el daño causado por el sacrificio (ibíd, pp. 15-16, 19-22). Aunque el razonamiento del autor es de análisis económico del Derecho, se deja traducir perfectamente en términos normativos: al ser la posible propagación de enfermedades infecciosas un riesgo típico de la actividad empresarial de los propietarios de animales, el sacrificio operado por parte de la Administración para contenerlos quedaría amparado por una suerte de estado de necesidad *defensivo*; supuesto en que, como enseguida veremos, el perjudicado tiene sin duda un deber de soportar el daño. Esto conduce a DOMÉNECH PASCUAL, ibíd., pp. 18, 23-26, a calificar estas «indemnizaciones» más bien como *subvenciones* encaminadas a incentivar la colaboración de los propietarios de animales con la Administración en la prevención de epizootias.

(142) O la Administración, en caso de que se trate de una intervención en interés general, con beneficios colectivos y difusos.

(143) BUSTO LAGO, 1998, pp. 167-168, siguiendo a BIRGUGLIO, 1971, pp. 168-169 (respecto del artículo 81 del Código Civil italiano), considera otra instancia de responsabilidad civil por sacrificio la indemnización por «incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio» prevista en el artículo 43 CC. A mi juicio, sin embargo, se trata más bien de un supuesto de responsabilidad civil *contractual* en el que –por razones evidentes de política jurídica– se limitan los remedios a disposición del acreedor perjudicado por el incumplimiento: ni tiene acción de cumplimiento (art. 1091 CC), ni puede exigir una indemnización de los daños padecidos (arts. 1101 ss. CC) que supere el interés contractual *negativo* (gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido).

(144) Así, BUSTO LAGO, 1998, pp. 171, 383-383, 388-392, 400-414. La anti-güedad de la regulación desmiente la (por lo demás, bien documentada) afirmación de JANSSEN, *OJLS*, p. 238, de que la responsabilidad civil por daños causados en estado de necesidad justificante no se reconoció en Europa hasta, al menos, el siglo xx. El error podría deberse, en cualquier caso, a lo extraño que resulta, en perspectiva comparada, que en España esta regulación se encuentre «escondida» en el Código Penal, y no en la legislación civil.

casi un siglo en alcanzar su actual amplitud(145), la regla de responsabilidad civil vinculada a ella se ha mantenido prácticamente invariable a lo largo del tiempo(146) y se ubica ahora en el artículo 118.1.3.^a CP: en caso de estado de necesidad (art. 20.5.^o CP), «serán responsables civiles directos(147) las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio»(148).

Aunque un sector minoritario de la doctrina –necesariamente dualista en la interpretación del artículo 20.5.^o CP– ha sostenido que la regla se limita a los supuestos de necesidad *exculpante*, de manera que el justificante (como la legítima defensa, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber) eximiría de responsabilidad civil al autor del delito(149), la opinión de la doctrina mayoritaria es otra: el artículo 118.1.3.^a contempla una forma de responsabilidad civil por conductas *lícitas* (justificadas). Consagra, de este modo, una excepción a la regla general que, por lo demás, parece poder inferirse del artículo 118 CP: la de que las causas de justificación penales eximen

(145) Un excelente relato de la evolución histórica de esta eximente y de los debates que la impulsaron puede encontrarse en CUERDA ARNAU, 1997, pp. 25-67.

(146) Lo que sí ha hecho la norma en numerosas ocasiones es cambiar de sitio: artículo 16.3.^a del Código Penal de 1848, artículo 19.3.^a de los Códigos Penales de 1850 y 1870, artículo 79 del Código Penal de 1928, y artículo 20.2.^a de los Códigos Penales de 1932, 1944 y 1973.

(147) Pese a lo sostenido por GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, p. 145, parece razonable entender que, en caso de pluralidad de responsables civiles, opera también aquí la regla de solidaridad que rige con carácter general para la responsabilidad extracontractual (vid. las referencias en PANTALEÓN DÍAZ, 2022, núm. 225 del capítulo 4). Y es que tampoco en el ámbito de la responsabilidad por sacrificio tiene demasiado sentido que el riesgo de impago por insolvencia que soporta el perjudicado aumente conforme lo hace el del número de potenciales beneficiarios del sacrificio.

(148) El párrafo segundo del precepto establece que «cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales». Aquí parece consagrarse la idea, ya mencionada, de que es la Administración la que ha de indemnizar a los perjudicados por el sacrificio cuando este se ha llevado a cabo en interés general, de manera que los beneficios son colectivos y difusos (vid. núm. 141). No queda claro, sin embargo, cuáles son las «leyes y reglamentos especiales» a los que, desde 1848, remite esta parte de la regla. Hoy en día, quizás podrían considerarse aplicables –siquiera por analogía, cuando quien haya realizado el sacrificio sea un particular– el artículo 120 LEF y disposiciones sectoriales como la LSanA.

(149) Así, p. ej., ROIG TORRES, 2010, pp. 430-431. También, aunque más bien *de lege ferenda*, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 239-240.

de responsabilidad civil, mientras que las de exculpación –inimputabilidad, miedo insuperable, error invencible– la dejan incólume(150).

El que el estado de necesidad (agresivo) *justificante* no excluya el derecho del perjudicado a recibir una indemnización por la pérdida de sus bienes no es precisamente una rareza española, sino que ocurre también en otros relevantes ordenamientos jurídicos de nuestro entorno(151). Así, por ejemplo, en Alemania, los §§ 227 y 228 BGB contemplan, respectivamente, la legítima defensa y el estado de necesidad *defensivo* justificante(152) como causas de exclusión de responsabilidad civil, de lo que puede inferirse (*a contrario*) que el estado de necesidad agresivo no tiene el mismo efecto; así lo confirma, además, el § 904 BGB(153). Y un famoso precedente estadounidense –considerado autoridad a lo ancho del *common law*(154)– refleja exactamente la misma idea: la sentencia del Tribunal Supremo de Minnesota sobre el caso *Vincent and others v. Lake Erie Transportation Company* (1910)(155).

Los hechos del caso fueron los siguientes: el barco de vapor *Reynolds*, propiedad de la Lake Erie Transportation Company, se encontraba amarrado a un muelle propiedad de los demandantes mientras descargaba su cargamento. Durante el trascurso de la descarga, se desarrolló una violentísima tormenta que hacía imposible remolcar el barco separándolo del muelle. Teniendo en cuenta que, si se desprendían los cabos con los que el *Reynolds* estaba amarrado al muelle, el barco sin duda quedaría a la deriva en la tormenta sufriendo graves daños, el capitán reforzó los amarres y lo mantuvo unido al muelle

(150) Vid., en este sentido, por todos, ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 28, 43-45; SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 6-7; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2011, núm. 4 (p. 180); PAPAYANNIS, *Isonomía*, pp. 32-54-62 (que infiere de ello, correctamente, que la «anti-juridicidad» del daño no es un requisito de la responsabilidad civil extracontractual: *ibíd.*, *passim*, esp. p. 63); y MIR PUIG, 2016, p. 441

(151) Lo que sí es parte de nuestra (triste) idiosincrasia es que, en España, la única regla general relativa a la responsabilidad *civil* en estado de necesidad se encuentre contenida en el Código *Penal*.

(152) En efecto, el § 228 BGB se refiere únicamente a los supuestos en que alguien «daña o destruye una cosa ajena para contener un peligro para sí o para un tercero *que emana de ella*», siempre que «el daño a la cosa o su destrucción sean necesarias para contener el peligro y que el daño causado no sea desproporcionado en relación con el peligro [*wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht*]».

(153) Vid., en este sentido, PAWLIK, 2002, núm. 5 (pp. 10-11), p. 259, que entiende, además, que el obligado a indemnizar en virtud de estos preceptos es, como en el Derecho español, el beneficiado por el sacrificio (no necesariamente el dañante).

(154) Así, p. ej., FLETCHER, 1978, pp. 761 (con núm. 7), 777; GOUDKAMP, 2013, pp. 81-82; PEEL y GOUDKAMP, 2014, nms. 26-034 (con núm. 64), 26-043 (con núm. 84); SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 872 (con núm. 268), 878; o STEEL, 2022, ap. I(i)(a).

(155) 109 Minn. 456, 124 N. W. 221 (1910).

mientras duró la tormenta. Sin embargo, los choques del barco contra el muelle de los demandantes terminaron por dañarlo y estos reclamaron una indemnización a la compañía propietaria del barco. El Tribunal Supremo de Minnesota consideró unánimemente que el capitán del *Reynolds* había actuado de forma razonable al mantener el barco amarrado al muelle: su decisión de salvar el *Reynolds* a costa de la propiedad de los demandantes había sido perfectamente lícita, en la medida en que los daños causados al muelle habían sido mucho menores de los que habría podido sufrir el barco si se hubiera soltado. No obstante, la mayoría del tribunal (156) consideró procedente que la Lake Erie Transportation Company –la beneficiada por el sacrificio– indemnizara a los propietarios del muelle los daños causados.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la forma de responsabilidad reconocida en estos preceptos (y precedentes)? Buena parte de la doctrina que la ha teorizado ha rechazado que forme parte del Derecho de daños en sentido estricto –que se trate de una responsabilidad civil *indemnizatoria*–, considerándola más bien una instancia de restitución de «enriquecimiento injustificado» (157). Para fundamentar esta tesis, se basan en rasgos de esta forma de responsabilidad como la ausencia de un requisito de culpa (que también caracteriza a todas las acciones reintegradoras de derechos, incluidas las de enriquecimiento (158)) y, sobre todo, el que, al menos en España, no corra a cuenta del causante del daño sino del beneficiario del sacrificio. Esta postura, sin embargo, no me parece convincente: incluso asumiendo que el obligado a indemnizar se hubiera «enriquecido» por el simple hecho de *no padecer* un daño que habría sufrido si no se hubiera producido el sacrificio (159), aquel responde –como en cualquier acción

(156) Hubo un solo voto disidente: el del Juez Lewis, que sostuvo que resultaba contradictorio considerar la conducta correcta (justificada) y a la vez erigirla en presupuesto de una indemnización (en un *tort*).

(157) Así, p. ej., RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 522; ALASTUEY DOBÓN, 2006, p. 624 (que, en caso de auxilio necesario, prefiere reconducirla, en cambio, a la gestión de negocios ajenos sin mandato, al igual que MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, núm. 163, p. 719); DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, pp. 360-361; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, p. 55; KRAUSE MUÑOZ, 2015, pp. 67 (con núm. 228), 166; ROCA TRÍAS, 2016, pp. 76-77; ALONSO GALLO y PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, nm. 6288; o BARROS BOURIE, 2020, p. 146; una fundamentación que tampoco descarta BUSTO LAGO, 1998, pp. 410-411.

(158) Vid. COCA VILA y PANTALEÓN DÍAZ, *ADC*, pp. 113-216, con ulteriores referencias.

(159) Lo cuestiona, con razón, WILENMANN, 2017, núm. 34 (pp. 572-573). Por lo demás, como señala GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 162-168, 232-238, esta clase de casos no se ajustan en absoluto a los presupuestos de las acciones de enriquecimiento injustificado en sentido estricto que reconoce el Derecho español (señaladamente, a los de la *condictio* por intromisión).

indemnizatoria— en la medida del *daño* padecido por el demandante, no en la medida de su propio provecho(160). Y al margen de ello, ¿en qué sentido se está tachando de «injustificado» el enriquecimiento del responsable si la premisa del argumento es, precisamente, que procede de una conducta *justificada*(161)?

Esta forma de responsabilidad sigue la lógica indemnizatoria del Derecho de daños, no la restitutoria de las acciones de enriqueci-

(160) Así, JANSEN, *OJLS*, p. 243. Como deja meridianamente claro el artículo 118.1.3.^a CP, esta medida solo se emplea, en caso de pluralidad de beneficiados por el sacrificio, para el cálculo de las cuotas *del daño* por las que debe responder cada uno; cuotas que, al tratarse de una responsabilidad solidaria, solo operan en la esfera interna entre los deudores (vid. núm. 146). Ciertamente, sin embargo, en la regulación de la avería gruesa el valor salvado es también el *límite absoluto* de la responsabilidad de cada beneficiado frente al sacrificado (art. 349 LNM). Se trata, a mi juicio, de una limitación sensata, que quizás podría extenderse por analogía a todas las instancias de esta forma de responsabilidad. La razón es la siguiente: cuando un sacrificio se orienta a salvaguardar los intereses de una pluralidad de personas, es perfectamente posible que el daño causado sea inferior al que se trata (globalmente) de evitar, pero superior al que se evita (individualmente) a cada beneficiado. Supongamos, por ejemplo, que —de forma completamente fortuita— se desencadena un fuego en una mansión valorada en diez millones de euros y se hace necesario derribarla para evitar que el fuego se extienda a veinte casas vecinas, valoradas en un millón de euros cada una. Suponiendo que, de haber dejado que las cosas siguieran su curso, la mansión habría permanecido en pie, pero el fuego se habría extendido a las casas vecinas, destruyéndolas, el derribo de la mansión está justificado, pero su propietario tiene derecho a una indemnización de diez millones de euros a cargo de los veinte propietarios de las casas salvadas. La cuota de la que ha de responder cada uno es de un veinteavo de diez millones de euros (500.000 euros), pero se trata de una responsabilidad solidaria, de manera que, en principio, el propietario de la mansión tiene derecho a exigir el resarcimiento del total del daño a cada uno de los deudores, procediendo luego las correspondientes acciones de regreso en la esfera interna. ¿Qué ocurre, sin embargo, si más de la mitad de los deudores son insolventes? ¿Es justo que los demás tengan que responder ante el sacrificado por una cuantía *superior a la que habrían perdido* si las cosas hubieran seguido su curso? Para evitar que este trabajo termine alcanzando una extensión desmesurada, debo limitarme a dejar esta idea meramente apuntada. Lo que sí me interesa destacar es que nada de esto obsta a que la responsabilidad regulada en estos preceptos sea una responsabilidad *por el daño*; que esta se vea *limitada* en la medida del valor salvado no altera en nada su naturaleza, igual que no es menos indemnizatoria, por ejemplo, la responsabilidad del transportista por carretera por pérdida de las mercancías transportadas por estar limitada a «un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada» (art. 57.1 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías»).

(161) Así, WILENMANN, 2017, núm. 34 (pp. 572-573). Parece, en definitiva, correcta la afirmación de JANSEN de que «[e]n este contexto, el principio contra el enriquecimiento injustificado entra en juego no en su sentido técnico (como construcción dogmática), sino más bien como el argumento moral que subyace a la regulación jurídica» (*OJLS*, p. 244).

miento: requiere que el demandante haya sufrido un daño y su función es compensar ese daño(162). Pero no comparte las características de las dos formas de responsabilidad civil extracontractual más estudiadas por la doctrina: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad «objetiva»(163) o por riesgo. A diferencia de la primera, no requiere «culpa o negligencia», en el sentido del artículo 1902 CC; culpa que, por hipótesis, queda excluida en supuestos de justificación(164). Como la segunda, puede surgir de una conducta perfectamente lícita, pero también existen diferencias importantes entre ambas: la forma de responsabilidad aquí estudiada no se vincula a un «accidente», sino a un sacrificio *intencional*(165); y quien soporta la responsabilidad no es necesariamente el causante del daño, sino quien se beneficia del sacrificio.

Nos encontramos ante un verdadero *tertium genus* en el marco del Derecho de daños, que algunos autores han denominado «responsabilidad civil cuasiexpropiatoria» o «por sacrificio»(166). Si se quisiera condensar su esencia en una cláusula general –en una especie de «artículo 1902 CC» de la responsabilidad por sacrificio– creo que esta tendría aproximadamente el siguiente tenor: la persona perjudicada por un sacrificio intencional y justificado de sus intereses *que no tiene*

(162) Un análisis más pormenorizado de esta distinción puede encontrarse en COCA VILA y PANTALEÓN DÍAZ, *ADC*, 2021, pp. 122-123, 141-149.

(163) Sobre lo inapropiado de esta denominación, vid. núm. 17.

(164) Yo diría más: queda excluida en todos los supuestos que *el paradigma jurídico-público* considera de justificación. Vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 2, apartado II, con ulteriores referencias.

(165) Así, BIRGUGLIO, 1971, p. 178; JANSEN, 2003, pp. 17-18; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 117, 139,140; y, respecto de la avería gruesa, GONZÁLEZ PELLICER, *Diario La Ley*, p. 1. La finalidad de este requisito es impedir que la responsabilidad por sacrificio se extienda a todos los supuestos de riesgo permitido fundados en una ponderación de todos los intereses en juego, lo que, a la postre, supondría la «derogación» del principio *casum sentit dominus*. Y es que, cuando alguien me atropella conduciendo a una velocidad adecuada y respetando el resto de normas de la circulación, no es descabellado decir que he sido «sacrificada» en aras del interés general (y de ese conductor concreto) en permitir la circulación de vehículos. Desde este punto de vista, entre el riesgo permitido y el estado de necesidad existe una mera diferencia de grado.

(166) Vid. PANTALEÓN PRIETO, *DA*, pp. 247-248, 250, 253; EL MISMO, *AFDUAM*, p. 178. También como un *tertium genus* la ven BIRGUGLIO, 1971, pp. 160-180; y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 168-170, 171-173. YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 304, aunque se refiere a ella como una «responsabilidad en equidad». A mi juicio, sin embargo, esta etiqueta ha de reservarse para una forma de responsabilidad civil reconocida en otros ordenamientos (vid., p. ej., § 829 BGB), pero no –actualmente, al menos– en el español, y que no tiene nada que ver con la responsabilidad civil por sacrificio.

el deber de soportar tiene derecho al resarcimiento del daño por parte de las personas en favor de las que se hubiera realizado el sacrificio, que responderán solidariamente en proporción al perjuicio que se les hubiera evitado(167). Este es el principio general que, según creo, cabe extraer de todas las regulaciones fragmentarias presentadas al comienzo de este apartado, desde las abejas del artículo 612 CC a la responsabilidad civil en supuestos de estado de necesidad.

La gran incógnita, y la clave para la construcción dogmática de la responsabilidad por sacrificio, reside, claro está, en la figura del «deber de soportar»: ¿en qué casos existe y en cuáles no? Es en este punto donde considero que la teoría de los deberes de tolerancia desarrollada por los partidarios del paradigma interpersonal de la justificación puede tener una utilidad nada desdeñable. Y es que aquí –a diferencia de lo que, a mi juicio, sucede en el ámbito penal– *sí se trata* (de hecho, se trata *solo*) de decidir si la persona inicialmente perjudicada por un conflicto ha de soportar definitivamente la pérdida de sus bienes o, por el contrario, puede desplazarla a la esfera de otra persona (el beneficiado por el sacrificio) mediante una indemnización.

Creo que los partidarios del paradigma interpersonal están en lo cierto cuando sostienen que la simple utilidad general –el hecho de que la conducta del dañante haya causado un mal menor del que trataba de evitar– no es suficiente para fundamentar tales deberes de tolerancia. Como también han señalado con acierto estos autores, la fundamentación liberal más sólida de estos deberes es, *prima facie*, el principio de autonomía: la persona que, en el libre desarrollo de su esfera de organización, genera una situación de peligro que solo puede resolverse a costa de sus propios intereses o los de un tercero tiene, con carácter general, el deber de soportar que sean los suyos propios los que resulten lesionados. La responsabilidad civil por sacrificio no tiene, por tanto, cabida en los siguientes grupos de casos: legítima defensa, siempre que el perjudicado realmente estuviera agrediendo ilegítimamente al autor (valoración *ex post*) o hubiera creado él mismo la apariencia razonable (valoración *ex ante*) de tal agresión ilegítima(168); y estado de necesidad defensivo, en las mismas circunstancias (*mutatis mutandis*).

Tampoco existe problema alguno para afirmar –de nuevo, en la línea de los defensores del paradigma interpersonal– la existencia de un deber de tolerancia del perjudicado por un daño cuando quien se lo ha causado ha obrado en ejercicio de un derecho o (*a fortiori*) en cum-

(167) Y (quizás) con el límite de dicha cuantía, que será oponible al perjudicado (vid. núm. 159).

(168) Así, McBRIDE y BAGSHAW, 2018, p. 67.

plimiento de un deber, salvo que sea la propia ley la que establezca en estos supuestos la procedencia de una indemnización: el propio artículo 612 CC es un buen ejemplo de esto último. Y a estos efectos(169) sí tiene perfecto sentido diferenciar radicalmente, como hacen estos autores, la colisión de deberes del estado de necesidad agresivo y reconducir la primera al cumplimiento de un deber(170): la persona perjudicada por la resolución en su contra de una colisión de deberes no tiene derecho a ser indemnizada por aquella que sí ve satisfecho su derecho; tiene, en otras palabras, un deber de soportar el daño(171). Veamos por qué.

En los supuestos de estado de necesidad agresivo el autor siempre tiene dos opciones: dejar que las cosas sigan su curso, en cuyo caso él mismo o un tercero sufrirán un mal que podría haberse evitado causando a otra persona (ajena al peligro) un mal menor; o alterar el *statu quo*, haciendo precisamente esto último. En el primero de los escenarios, el perjudicado no tiene derecho a ser indemnizado (*casum sentit dominus*); en el segundo –como enseguida veremos– sí concurren, en principio, los presupuestos de la responsabilidad por sacrificio. Los casos de colisión de deberes son diferentes(172). Partiendo de la base de que lo que caracteriza a estos supuestos es la imposibilidad de cumplimiento simultáneo por parte del obligado de todos los deberes que (*prima facie*) lo vinculan, si uno de los deberes en liza tiene prioridad sobre el resto(173), entonces el autor no tiene opción alguna: debe cumplir el deber de mayor rango, de manera que ni él está vinculado por el resto de los deberes ni (correlativamente) las personas frente a las que los tenía tienen ningún derecho a las prestaciones correspondientes(174). Para estas, el daño padecido no es ni más ni menos que la consecuencia del cumplimiento por parte del autor de un deber jurídico; supuesto en el que, como hemos visto, existe –salvo que la ley lo exceptúe expresamente– un deber del perjudicado de soportar el daño. Finalmente, cuando los deberes en liza son del mismo rango, lo único que cambia es que es el propio obligado el que

(169) No a los penales, donde, de acuerdo con los postulados del paradigma jurídico-público de la justificación aquí defendido, la distinción es irrelevante (vid. texto junto a las nn. 108 y 112).

(170) Vid. núm. 116 y el texto al que acompaña.

(171) Así, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 173-176.

(172) Vid., en este sentido, CUERDA RIEZU, 1984, pp. 191-192, 262-266.

(173) Sobre los criterios de priorización entre deberes en esta clase de situaciones, fundamental, COCA VILA, 2016, pp. 323-429; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 18-28

(174) Vid., en este sentido, MIR PUIG, 2016, p. 466; COCA VILA, 2016, pp. 173-196, 433-437; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 9-10, 29; EL MISMO, *ELDP*, pp. 60-61, 65-66. ROXIN y GRECO, 2020, pp. 891; y HÖRNLE, 2021, p. 168.

tiene la facultad de escoger cuál de todos le vincula, pero una vez ejercido este *ius variandi* la situación es la misma: solo se encuentra obligado por *un* deber(175), de manera que los perjudicados por su cumplimiento han de soportar el daño(176).

Más allá de estos supuestos, ¿pueden existir deberes de tolerancia? ¿Hay, como sostienen los partidarios del paradigma interpersonal al admitir la posibilidad de un estado de necesidad agresivo justificante, deberes de sacrificio de *solidaridad mínima*? Lo cierto es que, trasladada al ámbito de la responsabilidad civil por sacrificio, la posición kantiana(177) –que, como vimos, rechaza hoy unánimemente la doctrina penalista– resulta bastante atractiva: cuando la necesidad conduce a desviar el infortunio de la esfera de quien era originalmente *dominus* a la de un tercero ajeno al peligro, este último *nunca* tiene el deber de soportar el daño, por nimio que resulte en comparación con el que hubiera podido padecer la persona finalmente beneficiada. Esta tendrá que indemnizar al perjudicado, pues *ninguna necesidad* (ninguna cota de utilidad social agregada) es suficiente para justificar *ante este* la pérdida de sus bienes.

Como vimos, sin embargo, la postura –más moderada y, al parecer, tendencialmente hegeliana(178)– defendida por la mayoría de los partidarios del paradigma interpersonal pasa por construir los deberes de tolerancia de los que aquí se trata a imagen de los deberes positivos (de actuación) radicados, supuestamente, en el mismo fundamento(179): si el artículo 195 CP nos obliga a socorrer a cualquier persona que se halle «desamparada y en peligro manifiesto y grave», aunque seamos totalmente *ajenos* a aquello que haya generado su situación de necesidad, siempre que podamos hacerlo «sin riesgo pro-

(175) Así, COCA VILA, 2016, pp. 173-196, 438-446; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 30-31; EL MISMO, *ELDP*, pp. 61, 66.

(176) Si no se admitiera este deber de tolerancia, la situación a la que se daría lugar sería bastante absurda. Supongamos que un socorrista tiene el deber (de garante) de salvar a dos niñas pequeñas que corren el riesgo de ahogarse en una piscina: Ana y Beatriz. Las probabilidades de salvar a una o a otra son idénticas, pero no puede salvar a las dos, de manera que (tratándose de deberes del mismo rango) tiene que elegir a cuál de las dos salva. De no compartirse que los familiares de la niña no salvada tienen el deber de soportar el daño derivado del sacrificio, resultaría que en este caso –y en todos los de la misma clase– habría responsabilidad civil *hiciera lo que hiciera el socorrista*: si eligiera salvar a Ana, esta y sus familiares deberían indemnizar a Beatriz (o, en su caso, los perjudicados por su muerte); si la elegida fuera Beatriz, ocurriría exactamente lo mismo, pero a la inversa. Parece, sin embargo, defender precisamente esta solución RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 239-240.

(177) Vid. núm. 38 y el texto al que acompaña.

(178) Vid. PAWLIK, 2002, pp. 80-124.

(179) Vid. epígrafe 1 del apartado II, a partir de la núm. 40.

pio ni de terceros», entonces no debería resultar extraño que tengamos el deber de soportar el daño que cualquiera que se encuentre en una situación de necesidad *existencial* a la que somos totalmente ajenos nos provoque «auto-socorriéndose» a costa de nuestros intereses (180). Pero la analogía solo se sostiene si se respeta, en todo caso, la limitación que entraña que estos deberes de solidaridad solo surjan cuando pueden cumplirse «sin riesgo propio ni de terceros», así que todo depende de cómo se interprete esta cláusula.

Como también se vio en su momento, los defensores del paradigma interpersonal que emplean este argumento la leen de forma especialmente restrictiva: existe deber de socorrer (y, correlativamente, deber de soportar sacrificios) siempre que no peligren los intereses personales o patrimoniales existenciales del obligado y que los intereses del necesitado preponderen sustancialmente sobre los que sí quedan comprometidos por el salvamento. Trasladado al ámbito que

(180) No debería resultar extraño, siempre que entendamos que el artículo 195 CP nos obliga a socorrer *sin derecho* a que el socorrido nos resarza los daños padecidos a causa del salvamento, pero hay una posibilidad de que esto no sea así: el salvamento podría considerarse una gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. 1888 ss. CC), con el consiguiente deber del socorrido de indemnizar al «gestor» «los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo» (art. 1893, par. I CC). Sobre esta interpretación cabría albergar algunas dudas, en la medida en que el presupuesto de la gestión de negocios ajenos es que alguien se encargue *voluntariamente* «de la agencia o administración de los negocios de otro» (art. 1888 CC), y aquí –aun admitiendo que socorrer a alguien en situación de necesidad existencial pudiera considerarse una forma de «administrar sus negocios»– no se trata de un socorro voluntario, sino del cumplimiento de un *deber legal* de socorrer. Ciertamente, esto último podría convertirse en la base de una argumentación *a fortiori*: si el Código Civil reconoce el derecho a ser indemnizado por los daños padecidos como consecuencia de actos de solidaridad voluntarios, ¿cómo no va a reconocerlo (con mayor motivo) cuando se trata de actos de solidaridad obligatorios? Pero también cabría argumentar que la indemnización se limita a los comportamientos solidarios voluntarios precisamente porque pretende ser un premio que los incentive («la zanahoria»); incentivo que no hace ninguna falta para los obligatorios, cuyo incumplimiento tiene como consecuencia la imposición de una pena («el palo»). No obstante, como señala RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 326-327, ello supondría olvidar que el propio Código Civil premia, en ocasiones, conductas debidas, e incluso penalmente debidas: quien encuentra una cosa perdida no puede apropiarse de ella, sino que ha de dejarla consignada en el Ayuntamiento correspondiente (art. 615 CC). Si no lo hace, comete un delito de apropiación indebida, castigado con penas cuyos marcos se solapan con el del artículo 195.1 CP (art. 254 CP); pero si lo hace, y el dueño no aparece en dos años, el Código Civil lo premia con la propiedad de la cosa (art. 615, par. IV). Sea como fuere, las anteriores reflexiones solo valen para situaciones *fortuitas* que dan lugar a deberes de socorro: como apuntan RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, p. 326; y SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, p. 6, cualquiera que hubiera provocado *con culpa* la situación de necesidad en la que se hallaba el socorrido respondería civilmente frente al salvador, conforme a las reglas generales.

aquí interesa, esto supondría, por ejemplo, que si Ana rompiera la vitrina del comercio cerrado de Beatriz y tomase el extintor de la tienda para apagar el incendio fortuito que se ha desencadenado en su coche, donde se ha quedado encerrada su hija pequeña, la conducta de Ana no solo sería completamente lícita –esto, en realidad, no lo discute nadie–, sino que además Beatriz tendría que asumir por sí misma el coste de reparación de su vitrina, sin poder reclamar una indemnización a Ana (o a su hija)(181). Si esta solución se nos antoja insoportablemente irrespetuosa para con la propiedad privada(182) queda la interpretación más o menos literal de la cláusula «sin riesgo propio ni de terceros»(183), que deja el paso expedito a la solución kantiana: *nunca* existe el deber de soportar daños causados en estado de necesi-

(181) Esto sostiene precisamente, en nuestra doctrina, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 209-211, 237. Curiosamente, sin embargo, son los propios penalistas partidarios de esta interpretación tan «pro-social» de los deberes de tolerancia los que de forma más vehemente rechazan sus implicaciones jurídico-civiles, llegando a sostener que los perjudicados por un sacrificio en estado de necesidad agresivo no solo tienen derecho a ser indemnizados por la persona en cuyo favor se ha llevado a cabo el sacrificio (o, en su caso, por el dañante), ¡sino que debe indemnizarlos el Estado!; así, PAWLIK, 2002, pp. 9-11, 123, 258-259; EL MISMO, 2012, núm. 578 (p. 251), que también defiende en esta obra el derecho a una *indemnización estatal* para los daños sufridos en cumplimiento del deber general de socorro (p. 192); EL MISMO, *REJ*, p. 241; a quien han seguido tanto KÜHNBACH, 2006, núm. 269 (p. 81), como JAKOBS, 2012, pp. 47, 48, y más recientemente GRECO, *ZStW*, p. 51. Debo confesar que esta postura me genera auténtica perplejidad: si el carísimo Maserati de Ana sufre daños como consecuencia de una violenta granizada, nadie más que Ana tendrá que hacerse cargo de los daños (*casum sentit dominus*); si los daños en el coche los causa ilícitamente Beatriz (una adolescente insolvente) por el simple placer de causarlos, lo único que cambiará es que Ana tendrá una (infructuosa) acción de responsabilidad civil *por culpa* contra Beatriz; pero si los daños en el coche los causa Carmen, a quien no le queda más remedio que estampar su todoterreno contra el Maserati de Ana para evitar atropellar mortalmente a una niña pequeña (también insolvente) que cruza la calzada, aparte de tener Ana una (de nuevo, infructuosa) acción de responsabilidad civil *por sacrificio* contra la pequeña, ¿el Maserati lo pagamos todos? Por su parte, GRECO, *GA*, pp. 680-681, extiende esta misma lógica a las restricciones al derecho de legítima defensa en casos de extrema desproporción: el agredido a quien, por razones de solidaridad, se le «expropia» su derecho a emplear cualquier defensa necesaria en estos escenarios tendría derecho a una indemnización estatal, al margen, por supuesto, de la debida por el agresor (en la misma línea, respecto del estado de necesidad defensivo, el propio PAWLIK, *Derecho Penal y Criminología*, p. 19).

(182) Yo tiendo a pensar que lo es, máxime si se tiene en cuenta que, como he argumentado en la núm. 179, parece razonable entender que quienes sufren daños como consecuencia del cumplimiento del deber de socorro del artículo 195 CP tienen derecho a ser indemnizados por el socorrido. Señala correctamente la analogía que, a los efectos de la responsabilidad civil, existe entre uno y otro escenario, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, p. 327.

(183) Vid., p. ej., MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 228-229.

dad agresivo, porque en estos casos (por hipótesis) el necesitado ha sido «socorrido» *con riesgo* (¡con daño!) para el perjudicado.

Sujeto a estas (posibles) limitaciones, el estado de necesidad agresivo se presenta como el presupuesto prototípico de la responsabilidad civil por sacrificio, y de ahí, probablemente, que la regulación más parecida a una cláusula general de esta forma de responsabilidad que existe en nuestro ordenamiento –el artículo 118.1.3.^a CP–, *se ciña* a estos supuestos. Este precepto adolece, sin embargo, a mi juicio, de un importante defecto: como el artículo 118 en su conjunto (y otros del mismo Título del Código, como el 116.2) está diseñado con el absurdo propósito de regular la responsabilidad *civil* por referencia a categorías jurídico-*penales*; remitiendo a lo que *penalmente* se entiende por «legítima defensa», «estado de necesidad», «ejercicio de un derecho» («autor», «cómplice»), etcétera(184). Y si, como he defendido en el apartado anterior de este trabajo, la forma *penalmente* más correcta de construir estas categorías pasa por asumir el paradigma jurídico-público de la justificación –y, por consiguiente, (i) que hay justificación (y no solo error invencible) en los casos de apariencia razonable *ex ante* de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación y (ii) que en el artículo 20.5.º CP caben tanto el estado de necesidad agresivo, como el estado de necesidad defensivo y la colisión de deberes–, entonces el artículo 118.1.3.^a CP se vuelve, al mismo tiempo, *infrainclusivo* y *sobreinclusivo*.

Es *infrainclusivo* porque existen supuestos de justificación por legítima defensa en los que no tiene ningún sentido decir que el perjudicado por la acción defensiva tiene deber de soportar el daño padecido. Piénsese, de nuevo, en el ejemplo de las gemelas: Ana golpea a Carmen porque cree, razonablemente, que Carmen se dispone inmediatamente a atacarla a ella y este es el medio menos lesivo que tiene a su alcance para impedir la agresión. De acuerdo con el paradigma jurídico-público de la justificación, en este caso existe legítima defensa *real*, no meramente putativa: Ana no ha hecho nada distinto de lo que el Derecho podía esperar de ella en esa situación; ha actuado correctamente. Sin embargo, Carmen no tiene ninguna responsabilidad por lo sucedido, pues ni iba realmente a agredir a Ana (ella solo

(184) Como señala COCA VILA, para explicar su renuncia a emplear argumentos relacionados con la responsabilidad civil *ex delicto* al fundamentar su preferencia por reconducir la colisión de deberes al artículo 20.7.º CP, en lugar del al 20.5.º, incluso en casos de colisión entre deberes del mismo rango, «los eventuales derechos y deberes de indemnización en el marco de situación de conflicto de deberes precisan de reglas propias, a desarrollar conforme a los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual» (2016, núm. 450, p. 523). Cfr., no obstante, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1996, pp. 239-240.

pasaba por allí) ni ha provocado responsablemente la apariencia razonable de agresión ilegítima, que se debe al simple hecho de que Carmen es la hermana gemela de Beatriz, y Beatriz acaba de atracar a Ana. ¿Por qué iba a tener que soportar sin indemnización alguna el daño padecido? Por supuesto, Carmen no tendrá una acción de responsabilidad civil *por culpa* contra Ana, porque Ana se ha comportado de forma perfectamente correcta. Pero sí debería tener una acción de responsabilidad civil *por sacrificio* contra ella(185) y, en el estado actual de la ley, para concedérsela solo puede aplicarse por analogía el artículo 118.1.3.^a CP(186).

Por otra parte, el precepto resulta sobreinclusivo, en la medida en que remite en bloque al artículo 20.5.º CP, precepto que, de acuerdo con lo defendido en este trabajo, abarca tanto el estado de necesidad agresivo, como el estado de necesidad defensivo y la colisión de deberes. Que *nunca* exista un deber de tolerar daños causados en estado de necesidad agresivo –aunque se salven intereses personales existenciales a costa de intereses patrimoniales no existenciales– es algo que, como se ha visto, puede resultar discutible, y que podría, en esta medida, tener que redundar en una interpretación restrictiva del artículo 118.1.3.^a CP. Pero para lo que, por las razones explicadas en este apartado, esta interpretación restrictiva se vuelve indispensable es para extraer de su ámbito de aplicación dos supuestos en los que existe un deber de soportar el daño: el estado de necesidad defensivo (siempre que sus presupuestos concurren en una valoración *ex post* o la

(185) En su sentencia sobre el caso *Ashley v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 25, la *House of Lords* dejó abierta la cuestión sobre si esto debería ser así también en Derecho inglés, limitándose a aclarar que los errores *irrazonables* sobre la concurrencia de los presupuestos de la legítima defensa no eximen de responsabilidad civil *por culpa*, por mucho que sí excluyan (en dicho ordenamiento) toda posible responsabilidad penal. Sobre ello, vid., por todos, GOUDKAMP, 2013, pp. 204-206; PEEL y GOUDKAMP, 2014, nm. 26-031; LUNNEY, NOLAN y OLIPHANT, 2017, pp. 104-105; MCBRIDE y BAGSHAW, 2018, p. 67; y BUCKLEY, 2020, nm. 29-05.

(186) Así, BUSTO LAGO, 1998, p. 355. Como tanto el Prof. Castellví como uno de los evaluadores anónimos de esta revista inteligentemente me hicieron notar, este problema de infrainclusión solo existe *si* efectivamente se construye la legítima defensa desde el punto de vista del paradigma jurídico-público. De acuerdo con el paradigma interpersonal, estos no son casos de legítima defensa, sino de error invencible, en los que el autor responde civilmente *con base en el artículo 118.2 CP*. De hecho, ¡el artículo 118 CP es mucho más coherente con el paradigma interpersonal de la justificación que con el jurídico-público! Si no he mencionado este precepto entre los argumentos *de lege lata* a favor del primero de los modelos es porque, teniendo en cuenta las funciones radicalmente distintas que desempeñan uno y otro sector del ordenamiento, no me parece que pueda extraerse consecuencia alguna de un precepto *civil* para la construcción de las categorías de la teoría jurídica del delito. La *lex lata* que, según creo, nos vincula a estos efectos, es exclusivamente la penal.

aparición de su concurrencia sea imputable al propio perjudicado)(187) y la colisión de deberes(188).

No es este el lugar para discutir en profundidad cómo deberían resolverse estos problemas *de lege ferenda*, más allá de dejar constancia de que legislar *civilmente* con categorías *penales* resulta tan descabellado como tener una regulación penal de la responsabilidad civil separada (¡y diferente!) de la general. Se considere o no conveniente introducir en el Código Civil una cláusula general de responsabilidad civil por sacrificio como la sugerida unos párrafos atrás en este mismo apartado, lo máximo que debería decir al respecto el artículo 118 CP es que la responsabilidad civil *subsiste* en los casos de justificación penal, *salvo* que el perjudicado tenga un deber de soportar el daño causado(189).

Sea como fuere, la idea fundamental que espero haber transmitido en este apartado es que la teoría de los deberes de tolerancia desarrollada en el marco del paradigma interpersonal de la justificación jurídico-penal –aunque superflua para la rama del Derecho que tradicionalmente la ha albergado– resulta, sin embargo, de máxima utilidad para perfilar los contornos de la responsabilidad civil por sacrificio. Esto, en el fondo, no debería ser sorprendente, pues es el Derecho civil (y no el Derecho penal) el que se encarga de la resolu-

(187) Así, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, pp. 6-7. Cfr., no obstante, MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, p. 719, que, sin embargo, defiende de forma algo confusa que en esta clase de casos el beneficiado por el sacrificio debería poder repercutir (parte de) la indemnización abonada al propio perjudicado, teniendo en cuenta su responsabilidad por el conflicto.

(188) Por último, en la medida en que se sostenga a la vez (i) que esta forma de responsabilidad requiere un sacrificio intencional (vid. núm. 164) y (ii) que también respecto de conductas no intencionales puede plantearse una justificación por estado de necesidad (no solo la atipicidad por riesgo permitido), habrá que extraer también del ámbito de aplicación del artículo 118.1.3.^a CP este último grupo de supuestos. Piénsese, por ejemplo, en el caso del conductor de una ambulancia, que transporta a un paciente necesitado de atención médica urgente y trasgrede los límites reglamentarios de velocidad con el objetivo de llegar cuanto antes al hospital, provocando, como consecuencia, cuantiosos daños materiales en otro vehículo; supuesto que la doctrina penalista mayoritaria considera un «ejemplo de manual» de estado de necesidad justificante. Vid., por todos, JAKOBS, 1991, pp. 203, 365; JESCHECK y WEIGEND, 2002, p. 635; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 412; y MIR PUIG, 2016, pp. 479-480.

(189) Y sería aún mejor, a mi juicio, que dijera algo como lo que establece el § 3.01(2) del *Model Penal Code* estadounidense: que «la justificación [penal] de una conducta de acuerdo con este artículo no obsta a los posibles remedios disponibles frente a dicha conducta cuando se ejercen acciones civiles». El estatus penal de la conducta en cuestión sencillamente no debería afectar a sus consecuencias civiles, que se rigen por una lógica completamente distinta; vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 3.01 to 5.07, 1985, p. 7.

ción de los conflictos *interpersonales* entre individuos *particulares*. Al Derecho penal, como rama del Derecho público que es, solo le interesan las relaciones de los individuos con el Estado y sus normas; y la teoría jurídico penal de la justificación no ha de ser contemplada, en este sentido, como una excepción.

V. IMPLICACIONES EN DOS CASOS «DE VIDA O MUERTE»

Unas páginas más atrás he declarado el «empate» entre ambos paradigmas de la justificación jurídico-penal en lo relativo a sus implicaciones prácticas (apartado III.2). El análisis se ceñía a los casos normales, porque creo que son estos –y no los dilemas «de vida o muerte»– los que resultan útiles para evaluar la viabilidad de las construcciones teóricas: *hard cases make bad law* (190). Los tribunales ingleses lo vieron perfectamente al enfrentarse al caso de las siamesas (191). Con un andamiaje teórico más sofisticado, que contemplase la colisión de deberes como una figura diferente del estado de necesidad agresivo y sujeta a distintos límites (en particular, en lo que se refiere a la lesión de intereses existenciales), la *Court of Appeal* habría podido salvar muy fácilmente la contradicción con el pesado precedente de la *Mignonette* (192). Pero, a falta de esta herramienta, el tribunal no vio problema alguno en afirmar una *excepción* a la regla general –prohibición de matar en estado de necesidad–, estrictamente ajustada a las peculiaridades del caso de Jodie y Mary. Y no vio problema porque, en efecto, no lo había: que existan casos especialísimos que no encajen en una teoría general y necesitan ser resueltos (motivadamente) conforme a reglas excepcionales dice muy poco de la *elegancia* de la teoría en cuestión, pero ni desbarata un sistema judicial ni es una tragedia para la seguridad jurídica.

Por eso he dejado este apartado para el final. Creo que hay algunos grupos de casos para los que el paradigma interpersonal de la justificación no puede dar *coherentemente* una respuesta satisfactoria. Se trata de casos que plantean dilemas existenciales extremos y que, por eso mismo, resultan (afortunadamente) raros. Como voy a tratar de demostrar, solo pueden resolverse adecuadamente contemplando verdaderas excepciones al paradigma interpersonal de la justificación o asu-

(190) HUSTER, 2021, *passim*, esp. pp. 84, 90, 92-95, 106-107, considera, de hecho, uno de los grupos de casos que se tratarán en el presente apartado (el triaje) un ejemplo paradigmático de la operatividad de esta máxima.

(191) *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480.

(192) *R v Dudley and Stephens* (1884) 14 QBD 273 DC.

miendo –como aquí se propone– el paradigma jurídico-público. Los escenarios bélicos con conscripción obligatoria proporcionan, quizás, el ejemplo más fácil(193): aquí es sencillo comprender cómo quiebra inmediatamente una prohibición absoluta de sacrificar vidas humanas en aras del interés general(194). Un General del Ejército sabe que, cuando manda cargar contra un objetivo a sus tropas, caerá buena parte de la infantería de vanguardia antes de tomarlo; por no hablar de los casos, aún más problemáticos (y actuales) en los que resulta necesario asumir la muerte de uno o varios civiles para impedir que muchos más perezcan a manos del enemigo(195). Y esto no es en absoluto una suerte de «tabú social»: es lo que se enseña en estrategia militar.

Para considerar justificadas estas muertes, los defensores del paradigma interpersonal no tienen más remedio que concebir la guerra como una suerte de «limbo jurídico» de ultrasolidaridad, en el que las autoridades militares se convierten en garantes de la vida de todos los ciudadanos (militares y civiles) –quedando así abierta la posibilidad de recurrir más ampliamente a la colisión de deberes justificante–, y en el que, en todo caso, los derechos individuales que se erigen como límites infranqueables a los deberes de tolerancia en escenarios normales se encuentran temporalmente *suspendidos*. El problema es que el ejemplo bélico es tan fácil que corre el riesgo de probar demasiado: ¿estamos dispuestos a asumir los partidarios del paradigma jurídico-público que *todo* lo que se considera justificado en tiempos de guerra cabe en nuestras reglas generales para tiempos de paz? ¿Podemos renunciar nosotros a concebir, a estos efectos, la guerra como un estado de excepción? ¿Qué hay, por ejemplo, del «macro-deber de

(193) Vid., en esta línea, MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 882.

(194) El propio Jakobs se hace cargo de ello y admite este fenómeno como excepción a la inadmisibilidad del sacrificio de intereses existenciales en estado de necesidad agresivo. Vid. JAKOBS, 1991, pp. 419-420, donde añade, acertadamente a mi juicio, que «[e]l 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, ya que además imposibilitaría toda ponderación de riesgos, e incluso el riesgo permitido». En la misma línea, PAWLIK, *JZ*, pp.1053-1054, considera esta clase de escenarios el ejemplo más claro de que, junto a la «dogmática de las situaciones normales» (*Dogmatik der Normallage*), ha de reconocerse una «dogmática de las situaciones-límite» (*Dogmatik der Grenzsituation*) en la que los deberes de solidaridad –y de autosacrificio– de los ciudadanos se intensifican ante las amenazas existenciales a la comunidad política en su conjunto.

(195) Piénsese, por ejemplo, en el caso (real) de los «cabreros afganos» relatado por SANDEL, 2011, pp. 35-38, y llevado a las pantallas en *Lone Survivor* (en español, *El único superviviente*); o en el dilema –seguramente frecuente– que plantea la película *Eye in the Sky* (en la traducción española, *Espías desde el cielo*).

sacrificio» que, a efectos de responsabilidad civil, parece existir en este mismo grupo de supuestos(196)?

Me faltan conocimientos de todo tipo para responder a estas preguntas, que pueden, sin embargo, quedar abiertas: lamentablemente, la Historia reciente nos ha proporcionado, en tiempos de paz, algunos ejemplos de los casos extremos a los que voy a prestar atención en este apartado; casos «de vida o muerte» que, como trataré de demostrar, solo pueden resolverse sensatamente acogiendo el paradigma jurídico-público de la justificación penal o admitiendo excepciones al interpersonal. El primero de ellos se planteó hace ya más de veinte años, cuando los terribles atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 nos hicieron preguntarnos si estaría justificado derribar un avión secuestrado (matando a todo el pasaje y la tripulación) para evitar que impactara contra su objetivo, perdiendo entonces la vida no solo las personas a bordo del avión, sino también –como en efecto ocurrió aquel 11 de septiembre– muchas de las que se encontrasen en los edificios objeto del atentado. El segundo de los ejemplos es todavía dolorosamente reciente: hace apenas un par de años la pandemia por COVID-19 nos enfrentó de la manera más cruda posible a la necesidad de distribuir recursos sanitarios insuficientes. ¿Son lícitas, en este contexto, las prácticas de triaje? ¿Y con qué límites?

1. Derribo de aviones secuestrados

Un grupo de terroristas suicidas secuestra un avión a bordo del que viajan, entre la parte inocente del pasaje y la tripulación, unas cien personas. Su objetivo es estrellarlo en horario de trabajo contra un altísimo edificio de oficinas situado en el centro de una ciudad, donde trabajan más de mil personas. ¿Se puede derribar el avión antes del impacto para salvar la vida de las personas que se encuentran en el edificio?

Como ha observado con acierto Sánchez Dafauce, la práctica totalidad de la doctrina que ha discutido este problema lo ha tratado en sede de justificación, sin reparar –siquiera para descartarla– en la posibilidad de que se trate, más bien, de un caso de riesgo permitido(197). Y es que, para poder afirmar que la conducta consistente en

(196) Aunque cfr. PAWLIK, *JZ*, p. 1055.

(197) SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, pp. 3-4; EL MISMO, 2016, pp. 380-383; una solución que, sin embargo, el autor también termina, a mi juicio, por descartar demasiado apresuradamente. Cfr., sin embargo, recientemente, CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 117, 118-121, 152-153, 161.

derribar el avión secuestrado «mata» a sus ocupantes, en el sentido penalmente relevante, ha de poder sostenerse que supone, con la información disponible *ex ante*, una alteración en sentido desfavorable de sus expectativas de supervivencia(198). Ciertamente, cualquier perspectiva de supervivencia, por breve o precaria que sea, merece en principio la protección del Derecho penal: es homicidio matar a una persona condenada a muerte, es homicidio matar a una persona terminalmente enferma y fue un homicidio (justificado) separar a las siamesas matando a Mary. Pero este no es un principio que pueda afirmarse sin límite alguno. Así, por ejemplo, la doctrina niega de forma prácticamente unánime la existencia de una conducta típica en el clásico ejemplo de Samson del guardagujas que desvía un tren de una vía a otra, estando ambas visiblemente bloqueadas por el desprendimiento de una montaña, de manera que la locomotora corre en todo caso el riesgo de estrellarse en el mismo momento contra las rocas(199). ¿Y estaría alguien dispuesto a afirmar que es un homicidio disparar a la cabeza de una persona, a la que un tercero ha empujado desde la octava planta de un edificio, un segundo antes de que se estrelle contra el suelo?

Olvidemos por un momento que el avión secuestrado va a estrellarse contra un edificio lleno de gente. Supongamos que –como en el también tristemente famoso caso del vuelo 9525 de Germanwings– es uno de los pilotos de la aeronave el que la ha «secuestrado» y pretende estrellarla contra una montaña para suicidarse. Si *justo antes del impacto* un tercero derriba el avión con un misil, creo que podríamos estar de acuerdo en que el caso se parece demasiado al ejemplo de Samson como para afirmar que aquel estaría cometiendo un homicidio (o un asesinato)(200). ¿Es tan distinto el caso del avión que va a estrellarse contra el edificio de oficinas? Lo cierto es que es distinto en un aspecto muy relevante: el caso del avión que se va a estrellar contra la montaña solo se parece al de Samson si el derribo se produce *justo antes* del impacto, cuando el piloto ya no tiene margen de maniobra alguno para evitar el choque. Solo en ese momento puede afirmarse de los pasajeros lo mismo que en el caso de Samson: que van a morir con una probabilidad rayana en la certeza, en el mismo momento

(198) Sobre este grupo de casos, vid., en detalle, PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 2, apartado IV.3.a (desde la núm. 214), con ulteriores referencias.

(199) SAMSON, 2003, p. 97.

(200) Por eso considero demasiado restrictiva la tesis de CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 120-121, 152-153, 161, de acuerdo con la que solo podría afirmarse la atipicidad en casos en los que quien derriba el avión produce la muerte de los pasajeros en el mismo momento en que habrían fallecido de haberse estrellado contra el objetivo o en uno posterior (nunca, siquiera mínimamente, *anterior*).

(o con una diferencia temporal irrelevante), sea o no derribado el avión. En cambio, en el caso que nos ocupa *no se puede esperar tanto*: diferir el derribo al momento en que el avión está tan cerca del objetivo que el piloto no tiene ningún margen para alterar la trayectoria puede conducir a un número de muertes muy similar a las que se producirían si se dejase al avión estrellarse. Derribar el avión en estas condiciones sería probablemente atípico, pero estas no son las condiciones que nos interesan.

Lo que hay que dilucidar aquí –y por eso la doctrina mayoritaria hace bien, según creo, en discutir el caso en sede de justificación– es si está permitido matar a los ocupantes del avión para salvar la vida de los del edificio, en un escenario en el que todavía existe una posibilidad (mínima) de que los terroristas cambien de idea y decidan desviarse, dejando aterrizar el avión en un lugar seguro. Las opciones son dejar que las cosas sigan su curso, en cuyo caso, con una altísima probabilidad (pero no completa seguridad), morirán ambos grupos de personas; o derribar el avión, matando a sus ocupantes, dejando a los de la torre fuera de peligro. ¿Está la segunda justificada?

Lo primero que ha de quedar claro para responder a esta pregunta es que el escenario que aquí se ha dibujado, en lo que respecta a las *vidas* de la tripulación y de la parte inocente del pasaje, es uno de estado de necesidad *agresivo*. Es evidente que no puede reaccionarse en legítima defensa contra estas personas, pues no están llevando a cabo agresión ilegítima alguna; más bien son tan víctimas de la agresión ilegítima que están perpetrando *los terroristas* como los ocupantes de la torre. Igual de evidente resulta que sí podría reaccionarse en legítima defensa contra los autores del atentado, llegando incluso a matarlos, si esto fuera necesario para repeler el ataque; pero esto sencillamente no puede hacerse sin matar también al resto del pasaje, de modo que estas últimas muertes necesitan (en su caso) una cobertura diferente(201). Contra lo que han propuesto algunos autores(202), tampoco hay aquí un estado de necesidad defensivo(203). Finalmente,

(201) Así, PAWLIK, *JZ*, p. 1045; HIRSCH, 2008, pp. 1012; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 1155.

(202) Vid., p. ej., HIRSCH, 2008, pp. 1012, 1017-1023.

(203) Vid. PAWLIK, *JZ*, p. 1049; HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 588-589; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, p. 121; LA MISMA, *InDret*, pp. núm. 57 (p. 16); LADIGES, *ZIS*, p. 132; JAKOBS, 2010, núm. 1 (pp. 207-208); EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, p. 26; ROBLES PLANAS, 2010, pp. 449, 459-460; SÁNCHEZ DAFUAUCE, *InDret*, p. 11; WILENMANN, *InDret*, 2016, pp. 35-36; EL MISMO, 2017, pp. 659-660; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 875; y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 132-134. Esta causa de justificación podría cubrir, a lo sumo, la destrucción de aeronave en perjuicio de su propietario

no existe una colisión de deberes: para quien derriba la aeronave (una persona ajena a las involucradas en el conflicto) dejar que las cosas sigan su curso es una conducta perfectamente lícita(204).

Queda, pues, el estado de necesidad agresivo. ¿Puede admitirse como causa de justificación en este caso? La respuesta del paradigma jurídico-público es sencilla: si se han agotado todas las vías alternati-

(así, aparentemente, HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 586-589). Pero incluso esto es dudoso, pues en este caso el artefacto solo es indirectamente la fuente de la que emana el peligro: solo es peligroso porque lo han secuestrado los terroristas, alterando su trayectoria. Parece que aquí puede traerse a colación la observación de JAKOBS de que «[1]a conexión meramente externa con una esfera de dominio, sin responsabilidad, no fundamenta estado de necesidad defensivo alguno. Ejemplo: Si unos adultos penetran en una finca urbana ajena totalmente en calma, y desde allí lanzan cohetes peligrosos, no hay situación de estado de necesidad defensivo contra el propietario, aun cuando éste fuera capaz de impedir la actuación de esas personas» (1991, p. 432). Vid., en el mismo sentido, EL MISMO, 2020, pp. 183-184; PAWLK, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 25-26; y, aparentemente, WILENMANN, 2017, pp. 523-524.

(204) El deber general de socorro de los ocupantes del edificio solo existe cuando se los puede auxiliar «sin riesgo propio *ni de terceros*», cosa que aquí evidentemente no sucede. Afirmar la existencia de una colisión de deberes en esta clase de casos pasaría por considerar al Estado obligado –a diferencia de cualquier tercero– a salvar la vida de los ocupantes del edificio. Y para que este deber no tuviera que ceder en todo caso ante la prohibición –a la que el Estado está sometido, como cualquier tercero– de matar a los pasajeros del avión, tendría que tratarse de un auténtico deber *de garante*; lo que nos remite a la clásica (y problemática) discusión sobre si los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado son, en virtud de su simple nombramiento como tales, garantes de protección de los bienes jurídicos de todos los ciudadanos (sobre ello, vid., por todos, PEÑARANDA RAMOS, 2020, nm. 1516). De afirmarse, como hacen DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, pp. 413-414; y HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 600-611; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, pp. 124-128; LA MISMA, *Indret*, pp. 12-13, 19, 21, este deber de garante nos encontraríamos, efectivamente, ante una colisión de deberes, ante la que habría que dirimir si los deberes en liza son equivalentes, de manera que la autoridad en cuestión puede elegir libremente entre derribar el avión o no; o si, por el contrario, prima el deber de salvar a los ocupantes del edificio, en la medida en que no derribar el avión derivará, a la postre, en el incumplimiento de ambos deberes (pues perecerán todos los implicados); una cuestión que Doménech Pascual resuelve inequívocamente en el segundo de los sentidos, pero a la que Hörnle dista de dar una respuesta clara. Visto desde esta perspectiva –problemática, repito, en cuanto implica considerar al Estado garante de la vida de los ciudadanos–, el caso es idéntico al de la separación de las siamesas Jodie y Mary (vid. epígrafe I del apartado II, texto que sigue a la núm. 58) y al del triaje *ex ante* respecto de pacientes con oportunidades de supervivencia diferentes, que analizaré en el siguiente apartado del trabajo (texto a partir de la núm. 220); supuestos ambos en los que, como se ha visto y se verá en su momento en los lugares oportunos, considero inadmisibles las soluciones de la obligación alternativa: tendría que existir un verdadero *deber* del Estado *de derribar* el avión, no un simple derecho a hacerlo. Rechazan la existencia de una verdadera colisión de deberes en este grupo de casos LADIGES, *ZIS*, p. 132, y, aunque por razones distintas a la que acaba de desarrollarse, WILENMANN, 2017, pp. 661-663; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 1156.

vas para resolver el conflicto (por ejemplo, negociando con los terroristas para que desistan) y se ha esperado lo suficiente para poder afirmar que, con un alto grado de probabilidad, el avión se estrellará contra el edificio si no se hace nada(205), sí. Es lícito matar a la tripulación y la parte inocente del pasaje en estado de necesidad agresivo si con ello se evita la muerte *adicional* de los ocupantes del edificio: si es probable que cien personas vayan a morir en todo caso, entre matar a esas cien y dejarlas morir a ellas *junto con mil más*, lo primero es claramente el mal menor(206). Y, de nuevo, esto no implica que los pasajeros del avión tengan un «deber de soportar su propia muerte»: aquí se dan todos los elementos necesarios para que los perjudicados por su fallecimiento puedan exigir una *indemnización* a los ocupantes de la torre, en tanto beneficiados por el sacrificio(207). No tendrán, en cambio, derecho a ser indemnizados los perjudicados por la muerte de los terroristas (legítima defensa)(208).

Si se aplica coherentemente a este caso el paradigma interpersonal de la justificación, la única solución posible pasa, a mi juicio, por hacer responder penalmente a quien derriba el avión por tantos homicidios (o asesinatos) como personas no implicadas en el atentado hubiera a bordo. La justificación es una salida inviable desde el

(205) Lo matizan correctamente HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 609-610; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, p. 126; LA MISMA, *InDret*, p. 5 (con núm. 4); y SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, pp. 408-409.

(206) Así, LADIGES, *ZIS*, pp. 137-138, 140; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, p. 600; LA MISMA, 2010, *passim*, esp. pp. 443-444; SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, pp. 7-8, 11-13; EL MISMO, 2016, pp. 393-403, 414-423, 449-451, 459-461 (que salva la supuesta imponderabilidad cuantitativa de vidas humanas recurriendo a un «principio de evitación por parte del Estado de masacres y catástrofes masivas»); y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 148-150.

(207) Si esta responsabilidad no se afirma, no será por la existencia de un deber de tolerancia sino, en su caso, por otras razones. Los ocupantes del edificio podrían eludirla, por ejemplo, rechazando la imputación del daño al sacrificio, argumentando que, con una probabilidad rayana en la certeza, los pasajeros del avión y su tripulación habrían fallecido igualmente, aunque no se hubiera derribado el artefacto. De esta forma, cualquier indemnización que se les concediera a los perjudicados por su muerte los estaría «enriqueciendo injustificadamente». Este argumento funciona *–mutatis mutandis*, y con algunas restricciones– en el ámbito de la responsabilidad civil por culpa (vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 4, apartado IV.3), pero aplicarlo a la responsabilidad civil por sacrificio parece mucho más cuestionable: ¿o vamos a dejar al demandado que se ampare en un escenario hipotético –aquel en el que el sacrificio no se hubiera producido– en el que el daño (¡mayor!) lo habría padecido él mismo y no habría podido reclamar su indemnización a nadie más que a quien, en su caso, se lo hubiera producido por culpa? ¿Tiene derecho a lo mejor de los dos mundos?

(208) En cuanto al propietario de la aeronave (posible estado de necesidad defensivo), vid. núm. 202.

momento en que, para estos autores, implica un deber de estas personas de tolerar su propia muerte: cada una de ellas tiene *derecho* al tiempo de vida que les queda hasta la colisión y –sobre todo– a la expectativa, por mínima que sea, de que los terroristas se arrepientan y cambien de rumbo. Como derechos existenciales que son, *ninguna necesidad ajena*, por inmensa que sea, puede hacerlos ceder; no importa que en el edificio amenazado haya mil, cien mil o cien millones de personas(209). Y como no hay manera (liberal-individualista) de fundamentar *ante los pasajeros* un deber de tolerar su propia muerte, esta no puede considerarse justificada(210). Por otro lado, en la medida en que a quien derriba el avión no le una ningún vínculo personal con los ocupantes del edificio(211), tampoco procederá apreciar un estado de necesidad exculpante como el reconocido en el § 35 StGB.

La mejor prueba de que esta es una solución insatisfactoria es que no hay prácticamente ningún partidario del paradigma interpersonal de la justificación que se resigne a asumirla. Casi nadie está dispuesto a castigar a quien derriba el avión secuestrado(212), pero, para evi-

(209) Como señala JAKOBS en relación con todos los casos de esta especie «[p]ara la víctima, esta situación significa que de todos modos para sus bienes está próximo el fin; el que ello le ocurra solo o con otros [...] es irrelevante en tanto que no se le pueda imputar la situación de conflicto: en todo caso falta la obligación de soportar» (1991, p. 420). Vid., en sentido similar, PAWLIK, JZ, pp. 1048, 1049-1050, 1055; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 1157.

(210) Esta es, precisamente la razón (sustantiva) por la que el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional el § 14.3 de la *Luftsicherheitsgesetz*, que permitía el derribo de aviones por orden del Ministro de Defensa en estas circunstancias, siempre que la medida implicara el sacrificio de vidas humanas inocentes (no, en cambio, en caso de artefactos no pilotados u ocupados únicamente por los agresores); vid. sentencia de 15 de febrero de 2006 (1 BvR 357/05), pars. 118-154. Aunque el Tribunal se cuidó de dejar expresamente abierta la solución *penal* que debería corresponder a este grupo de casos –dejando así expedita la vía a la exculpación suprallegal (vid. núm. 214 y el texto al que acompaña)–, declaró el precepto en cuestión contrario a los derechos a la vida y la dignidad de los pasajeros no involucrados en el ataque, en la medida en que el derribo «ignora el estatus de las personas afectadas en tanto sujetos dotados de dignidad y derechos inalienables. Cuando se los mata para salvar a otros, se los trata como objetos y, al mismo tiempo, se les priva de sus derechos; cuando el Estado dispone unilateralmente de sus vidas, se niega a las personas a bordo del avión –que, como víctimas que son, están ellas mismas necesitadas de protección– el valor que corresponde a un ser humano por el simple hecho de serlo» (ibíd. par. 124).

(211) Y, teniendo en cuenta los medios materiales necesarios para llevar a cabo una operación así, cabe esperar que así sea en la mayoría de los casos.

(212) CANO PAÑOS, 2011, *passim*, esp. pp. 933-934, podría ser una excepción, aunque no deja del todo claro si, a su juicio, cabría una exculpación suprallegal de quienes llevan a cabo el derribo. Esta última solución parece, en todo caso, difícilmente

tarlo, estos autores se ven obligados a realizar propuestas como mínimo originales –como que nadie pueda subirse a un avión sin firmar antes un «consentimiento informado» a que este sea derribado en caso de secuestro(213)– o a reconocer excepciones más o menos explícitas a los principios fundamentales en los que se basa su teoría: desde una justificación que *únicamente en este grupo de casos* no va unida a deberes de tolerancia(214), a la afirmación (mayoritaria en Alemania) de que lo que aquí concurre es un estado de necesidad *exculpante supralegal*(215), pasando por la necesidad de recurrir a una suerte de «Derecho de excepción» para resolver esta clase de casos(216). La solución anglosajona sería, probablemente, menos sistemática pero más honesta: nadie iniciaría un proceso penal contra quien derribara el avión y, en el raro caso de que se iniciara, ningún juez se atrevería a condenarlo sin recomendar a la vez un indulto. En la práctica, los resultados son, de nuevo, los mismos que se alcanzan de la mano del paradigma jurídico-público de la justificación. La dife-

compatible con su calificación del § 14.3 de la *Luftsicherheitsgesetz* como una forma de «pretender hacer frente al terrorismo con métodos terroristas o con medidas que pongan en entredicho el propio Estado social y democrático de Derecho» (ibíd. p. 934).

(213) GÓMEZ-BENÍTEZ, 2008, pp. 971-972. Por lo demás, ¿tendría esta cláusula el efecto de una renuncia *erga omnes*? Y, sobre todo, ¿sería válida (art. 1255 CC)? Lo niegan, p. ej., PAWLIK, *JZ*, p. 1050; DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, p. 403; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 1155.

(214) Vid. ROBLES PLANAS, 2010, pp. 464-470. En el mismo, 2011, pp. 118 (con núm. 20) 126-127, el autor parece, sin embargo, dar un carácter más general a esta doctrina, reconociendo una exclusión del injusto penal no vinculada a deberes de tolerancia en todos los supuestos de «inexigibilidad».

(215) Así, p. ej., PAWLIK, *JZ*, pp. 1051, 1055; HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 599-600, 611-612; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, núm. 7, p. 114; y ROXIN y GRECO, 2020, pp. 1158-1159; una solución que HÖRNLE, *InDret*, pp. 22-24, a diferencia de los anteriores, se muestra partidaria incluso de extender más allá de supuestos de comunidad de peligro como este. Critican esta solución, con buenos argumentos, JAKOBS, 2010, *passim*, esp. pp. 215-216; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, p. 27; SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, pp. 28-31; EL MISMO, 2016, pp. 502-505, 528-548; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 876-877; y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 138-141.

(216) Vid., en este sentido, JAKOBS, 2010, pp. 216-218, 220; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 23-24; PAWLIK, 2012, pp. 252-254, con núm. 584 (aunque cfr. EL MISMO, *JZ*, pp. 1051-1055, donde el autor se muestra más escéptico respecto de la posibilidad de admitir una justificación en este grupo de casos, incluso recurriendo a los principios de la «dogmática de las situaciones-límite»); y WILENMANN, *InDret*, 2016, pp. 38-46; EL MISMO, 2017, pp. 663-671. Se muestran, no obstante, críticos al respecto, CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 125-127; y, en relación con un grupo de casos diferente pero relacionado, GRECO, *InDret*, pp. 10-13, 21-22.

rencia es que, por esta última vía, se alcanzan de forma mucho más sencilla.

2. Triage sanitario

A mi juicio, la distribución de recursos sanitarios insuficientes entre pacientes en peligro de muerte da lugar, hasta cierto punto, a una situación similar. Conviene, sin embargo, distinguir, siguiendo a Coca Vila –el autor que más y mejor se ha ocupado de este tema en nuestra doctrina(217)– tres escenarios fácticos posibles: triaje *ex ante*, triaje *ex post* y triaje *ex ante* preventivo. El triaje *ex ante* plantea un problema de distribución de recursos escasos no asignados *prima facie*. Así, por ejemplo,

«un médico obligado por dos deberes (de garante) frente a dos pacientes que peligran de morir en caso de no ser tratados de inmediato, dispone de un único respirador. El tratamiento con el respirador aparece como médicamente indicado en ambos casos y cualquiera de los dos pacientes sobreviviría –con una probabilidad rayana en la certeza– en caso de ser tratado con el respirador. El paciente no tratado de forma inmediata con el respirador morirá con total seguridad»(218).

La pregunta es: ¿puede el médico elegir libremente a quién trata con el respirador o tiene el deber de asignárselo al paciente con mayores oportunidades de supervivencia, so pena de incurrir en un delito de homicidio?

Por el contrario, en el triaje *ex post*, los recursos sanitarios escasos en cuestión se encuentran ya *prima facie* asignados: hay un paciente que ya está siendo tratado con ellos y otro, con un pronóstico más favorable, que los necesita. Supongamos, por ejemplo, que

«un médico [...], para salvar a un paciente que acaba de ser ingresado con una alta perspectiva de éxito, debe interrumpir necesariamente el tratamiento ya iniciado en favor de un paciente que presenta una menor perspectiva de éxito, asumiendo que con ello lo condena a una muerte segura»(219).

¿Puede hacerlo lícitamente?

Finalmente, el triaje *ex ante* preventivo se encuentra a caballo entre ambas situaciones: el recurso sanitario escaso a distribuir no está

(217) Vid. COCA VILA, *InDret*, 2021; EL MISMO, *Revista Penal*, 2022.

(218) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 173.

(219) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 177.

definitivamente asignado a ningún paciente, pero hay uno que, por razones temporales, parece tener, por así decirlo, un «mejor derecho» a recibir el tratamiento. Se trata, por ejemplo, del caso en que

«un médico, consciente de que únicamente queda una cama libre en la UCI, niega el ingreso a un paciente con escasas perspectivas de éxito, aun cuando ello resulta médicamente indicado. Con ello pretende dejar libre la cama a fin de poder ingresar en las próximas horas a un –altamente previsible– paciente con un pronóstico más favorable»(220).

¿Está justificada esta conducta?

A mi juicio, solo los casos de este último grupo merecen, en rigor, un lugar en este apartado del trabajo; y no porque no sean los tres –que lo son– casos extremos «de vida o muerte» cuya resolución resulta problemática para cualquier teoría de la justificación penal, sino porque, a diferencia de lo que sucede en los escenarios de triaje *ex ante* preventivo, en los de triaje *ex ante* y triaje *ex post* tanto el paradigma interpersonal como el jurídico público pueden conducir, sin inconsistencia alguna, a las mismas (sensatas) soluciones.

Por un lado, el triaje *ex ante* es un caso clarísimo de colisión de deberes(221): el médico se encuentra en posición de garante respecto de la vida de ambos pacientes, pero no cuenta con los recursos suficientes para poder salvarlos a los dos. Ambos paradigmas de la justificación le ofrecen, como no podría ser de otra manera, una salida lícita: solo está obligado a salvar a uno de los pacientes. Y, como vimos, tampoco debería haber discusión en cuanto a que, una vez determinado el deber que vincula al autor, los perjudicados por la muerte del paciente sacrificado tendrán un deber de soportar este daño (no podrán reclamar una indemnización al paciente finalmente salvado)(222).

La pregunta que a continuación se plantea es: ¿son estos deberes del mismo rango, de manera que el médico puede escoger libremente a cuál de los pacientes salva, o es de mayor rango el deber de salvar (en su caso) al paciente con mejor pronóstico de recuperación? Coca Vila y yo misma hemos manifestado opiniones contrarias al respecto(223), pero, hasta donde alcanzo, ninguna de las dos es una consecuencia necesaria de los paradigmas de la justificación penal que respectiva-

(220) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 181.

(221) Así, COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 173; ENGLÄNDER, 2021, p. 118; y HÖRNLE, 2021, p. 156. Que esta pueda reconducirse al estado de necesidad agresivo (paradigma jurídico-público) o no (paradigma interpersonal) es, a los efectos que ahora interesan, lo de menos.

(222) Vid. texto que acompaña a las nn. 168-175.

(223) Vid. PANTALEÓN DÍAZ, *AdD*; LA MISMA, 2021, p. 709.

mente defendemos. Nuestra discrepancia reside en las implicaciones que, para este grupo de casos, tiene –en caso de que exista– el llamado «principio de imponderabilidad de la vida humana». Para Coca Vila, tiene una muy llamativa: la prohibición de jerarquizar los deberes de salvamento en función de las diferentes expectativas de supervivencia de los pacientes(224). De acuerdo con el autor, como «[n]i existen vidas mejor o menor logradas, ni la vida de quien tiene una menor esperanza de vida tiene una importancia menor que cualquier otra a ojos del ordenamiento jurídico»(225), el médico se encuentra ante una colisión de deberes de idéntico rango, por lo que actúa lícitamente si –por las razones que sean– decide intubar al paciente con el pronóstico más desfavorable, dejando morir al que tenía mayor probabilidad de supervivencia(226). Cualquier otra solución sería, siempre según Coca Vila, «contraria a principios constitucionales como el de igualdad (art. 14 CE) o el de la dignidad humana (art. 10 CE)»(227).

(224) COCA VILA, *InDret*, 2021, pp. 184-188. En el mismo sentido, FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 304-305, 311-312, 315-319. AUSGBERG, 2021, *passim*, esp. pp. 10-25 extrae de este principio una todavía más sorprendente, amén de recientemente refutada por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre este asunto (1 BvR 1541/20, vid. núm. 233): la inconstitucionalidad de cualquier potencial regulación legal de los criterios («positivos») conforme a los que tomar estas decisiones, sin perjuicio de la posibilidad del legislador de establecer criterios «negativos»: prohibiciones de adoptarlas con base en criterios discriminatorios (AUSGBERG, 2021, pp. 22-23). En su opinión, lo serían factores como la edad o la esperanza de vida a largo plazo, pero no necesariamente las oportunidades de supervivencia actuales y a corto plazo (ibíd. p. 25).

(225) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 184.

(226) Así, también FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 325-328; y ENGLÄNDER, 2021, pp. 122-139, 147-148, que sin embargo considera recomendable *de lege ferenda* la introducción de una obligación legal de los médicos de tomar al azar esta clase de decisiones (ibíd. pp. 139-147, 148); HÖRNLE, 2021, pp. 166-167, 175-180, 183-184, 185; y HOVEN, 2021, pp. 366-370. Todos ellos proponen recurrir a mecanismos sancionadores distintos del castigo por homicidio como respuesta a posibles decisiones discriminatorias de los médicos en este ámbito una solución similar parece sostener HILGENDORF, *ELDP*, pp. 24-25, que, sin embargo, afirma que deberían calificarse como antijurídicas aquellas decisiones de triaje *ex ante* «que de forma evidente ya no resulten defendibles» (p. 25). Aparentemente, de acuerdo con el autor, el médico podría elegir lícitamente a cuál de los pacientes necesitados salvar, conforme a *cualesquiera* criterios de decisión, *salvo* que estos fueran inaceptables por discriminatorios (racistas, sexistas, etc.), en cuyo caso –a diferencia de lo que sostienen Coca Vila y los autores citados al principio de esta nota– sí podría ser castigado por homicidio.

(227) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 187. Si se tiene en cuenta lo señalado por CUERDA RIEZU, 1984, pp. 242-244, respecto de otros grupos de casos, puede aventurarse que esta solución tampoco le resultaría antipática.

Personalmente, soy incapaz de aceptar esta conclusión. Puede, ciertamente, que de los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana se derive, en algún sentido, un mandato de imponderabilidad de la vida. Seguramente sea contrario a la dignidad de las personas considerar que unas vidas «pesan» más que otras en función de factores como el sexo, la etnia o las capacidades físicas y psíquicas(228). Pero de lo que no me cabe ninguna duda es que no vulnera principio constitucional alguno distribuir los recursos sanitarios escasos en función de las expectativas de supervivencia (actuales y a corto plazo) de cada cual(229), obligando al médico –en el caso que aquí nos ocupa– a salvar al paciente con un pronóstico más favorable, so pena de cometer, por omisión, un homicidio antijurídico.

Creo, es más, que en esto podría estar de acuerdo sin problema alguno cualquier partidario del paradigma interpersonal de la justificación. Y es que resulta perfectamente posible (aunque innecesario *a los efectos penales*) fundamentar ante el paciente con un pronóstico más desfavorable su deber de tolerar su propia muerte sin salirse del ápice del marco del individualismo liberal. Basta con hacerle ver que *también él*, como individuo racional que es, habría optado por este modo de resolución del conflicto si se le hubiera consultado al respecto bajo el «velo de la ignorancia»(230). Y lo habría hecho en defensa de *sus* propios intereses individuales, porque se trata del criterio de decisión que maximiza las oportunidades de supervivencia de cada uno(231): salvar siempre al paciente con mejor pronóstico garan-

(228) Así, HILGENDORF, *ELDP*, p. 24; POSCHER, 2021, p. 74; BIRNBACHER, 2021, pp. 205-210; y, aparentemente, HUSTER, 2021, pp. 102-103. El caso de un criterio tan «ubicuo» como la edad me parece, sin embargo, mucho más discutible: ante pacientes con idénticas expectativas de supervivencia, no creo que sea más justo el azar que elegir sistemáticamente al más joven. Cuando se dice que esto supondría una (inadmisible) discriminación de las personas de edad avanzada parece olvidarse que –a diferencia de lo que sucede con otros factores como el sexo biológico o la etnia– todas las personas de edad avanzada fueron jóvenes alguna vez y pudieron beneficiarse de este criterio frente a sus mayores. Vid., en este sentido, HOVEN, 2021, pp. 346-347.

(229) Vid., en este sentido, BIRNBACHER, 2021, pp. 201-210; y POSCHER, 2021, pp. 62-63, 73-74. También, aunque en relación con el derribo de aviones, CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, p. 151. Cfr., no obstante, la crítica de LÜBBE, 2021, *passim*.

(230) RAWLS, 1999, pp. 118-123.

(231) Cfr., no obstante, ZIMMERMANN, 2021, pp. 238-240, que argumenta que una sociedad de individuos racionales situados en la «posición original» rawlsiana no se decidiría por este criterio (el maximizador de sus expectativas de supervivencia), sino –de acuerdo con el también rawlsiano principio del «maxi-min»– por el que permitiera optimizar la posición más precaria posible en el conflicto sin resultar inasumible desde el punto de vista de la posición más beneficiosa: el azar (ibíd. pp. 249-254). Como el propio autor admite, esta postura parte de una construcción –posible, pero no

tiza, en términos agregados, la minimización de los supuestos en los que, pese a los esfuerzos empleados en el tratamiento(232), terminan falleciendo todos los necesitados(233).

exenta de polémica (vid., p. ej., HOVEN, 2021, pp. 353-354)– de los individuos racionales situados bajo el velo de la ignorancia como sujetos *aversos al riesgo* (ZIMMERMANN, 2021, pp. 226-227). Se comparta esta o no, lo cierto es que lo que esta línea de argumentación no permite en ningún caso es llegar a la conclusión de que el médico debería poder elegir libremente a quién salva o a quién deja morir, incluso con base en criterios discriminatorios; así, el propio ZIMMERMANN, 2021, p. 237.

(232) A juicio de LÜBBE, 2021, pp. 260-266, esta es una precisión muy importante, que impide sostener que el criterio de las perspectivas de éxito conduzca siempre a la salvación del mayor número de vidas (entre personas sometidas a tratamiento y no tratadas) y, por tanto, fundamentar dicho criterio desde una perspectiva agregacionista; perspectiva que, por lo demás, la autora considera de por sí criticable. Ciertamente, si solo existe un respirador disponible para tratar a cuatro pacientes, de los que uno tiene unas expectativas de supervivencia del 70% en caso de ser tratado, los otros tres solo un 50% y todos morirán con certeza si no reciben tratamiento, la opción que maximiza el número de vidas salvadas depende *del tiempo* que cada paciente necesite el respirador (sea porque sale de peligro o porque fallece en el intento). Si en el mismo tiempo en el que se salva al paciente con el 70% de perspectivas de éxito puede tratarse, con el mismo respirador, a los otros tres pacientes, de manera que solo uno de ellos sobrevive, las dos opciones son equivalentes en términos agregados: solo se ha conseguido salvar a uno de los cuatro pacientes necesitados. Lo que el criterio de las perspectivas de éxito maximiza es, en rigor, la tasa de supervivencia de los pacientes *que reciben tratamiento*: en el ejemplo, con la primera alternativa se salva al 100% de los pacientes tratados; con la segunda, solo a un tercio. Esto es, hasta donde alcanzo, rigurosamente cierto, pero no invalida la argumentación defendida en el texto, solo obliga a matizarla: el criterio de las perspectivas de éxito únicamente ha de dirimir el conflicto *en condiciones de igualdad de los recursos necesarios* para el salvamento de cada paciente. Un paciente que necesita más tiempo el respirador necesita más recursos para ser salvado, por lo que *–precisamente* porque el argumento se fundamenta en una perspectiva agregacionista que, *ex ante*, maximiza las posibilidades de salvación de todos– puede ser justo preferir el salvamento de otro paciente que lo necesita menos tiempo, pero cuyas expectativas de supervivencia son algo menores.

(233) Vid., en esta línea, DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, pp. 417-418; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 883-885; y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 158-160, que aplican esta misma idea al caso del derribo de aviones; y, para el contexto del triaje, HOVEN, 2021, pp. 353-356. Pese a lo críticos que, con carácter general, se muestran los partidarios del paradigma interpersonal con esta clase de argumentaciones para la fundamentación de deberes individuales de sacrificio –vid., p. ej., PAWLIK, 2002, pp. 69-75; EL MISMO, *REJ*, pp. 233-239; HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, p. 594; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, p. 123; LA MISMA; *InDret*, pp. 14-16; ROBLES PLANAS, 2010, pp. 456-457; WILENMANN, 2017, pp. 80-81; GRECO, 2019, p. 490; EL MISMO, *ZStW*, pp. 31-35; COCA VILA, *InDret*, 2021, pp. 183-184; ENGLÄNDER, 2021, pp. 131-132; o FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 316-317– lo cierto es que el propio Coca Vila termina recurriendo a ellas cuando se trata de fundamentar ante el perjudicado por la resolución de una colisión de deberes equivalentes su deber de no interferir en la ejecución de la decisión del obligado. En palabras del autor, «si

Lo que, a mi juicio, resultaría especialmente difícil sería explicarle al paciente con mayores oportunidades de supervivencia que debe tolerar su propia muerte solo porque el médico –que sus razones tendrá– así lo ha preferido. ¿También si la decisión responde a un inflexible prejuicio racista o sexista? ¿También si obedece a un soborno? Contra lo que sostiene Coca Vila, creo que si los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad prohíben algo en este campo es, precisamente, que las complejas decisiones de las que aquí se trata se tomen de este modo. Y con esto parece estar de acuerdo un órgano tan poco sospechoso de no tomar en serio estos principios como el Tribunal Constitucional alemán(234) (el mismo que declaró

resulta que el mejor escenario posible es aquel en el que al menos un sujeto ve salvaguardados sus intereses, y se asume que el «precio» a pagar por ello es la renuncia del otro sujeto y de eventuales terceros auxiliares a interrumpir el curso causal salvador iniciado por el obligado, el sujeto que aparece finalmente como víctima no puede entorpecer el curso de cumplimiento que inicia el obligado. Quien dispone *en un momento previo* de la posibilidad de ser salvado gracias a la renuncia *en abstracto* de uno de los dos implicados a la salvación de sus propios intereses, no puede posteriormente y *una vez ya se han concretado los roles* desmarcarse de los costes previsibles del disfrute de aquella posibilidad» (COCA VILA, *InDret*, 2017, pp. 32-33, énfasis añadido; vid., igualmente, EL MISMO, 2016, pp. 69-471, 512, 535; EL MISMO, *ELDLP*, pp. 66-67, 79). Y si el criterio de legitimación de los deberes de tolerancia en esta clase de situaciones pasa por remontarse a ese «momento previo a la concreción de los roles», ¿no decidiría «en abstracto» cualquier conjunto de interesados que primase en todo caso el deber de tratar a quien tuviera mayores oportunidades de supervivencia?

(234) En su reciente sentencia de 16 de diciembre de 2021 (1 BvR 1541/20), el Tribunal declara inconstitucional la inexistencia de una regulación legal del triaje que garantice la protección en condiciones de igualdad de los derechos de las personas con discapacidad, obligando al legislador alemán a establecerla. De la fundamentación jurídica de la sentencia se extrae con claridad, a mi juicio, que el riesgo de discriminación de las personas con discapacidad en el reparto de recursos médicos escasos procede precisamente de la posibilidad de los sanitarios de asignarlos de acuerdo con criterios distintos a las *expectativas de supervivencia* en relación con la enfermedad *concreta* (puntual) objeto de tratamiento –por ejemplo, la mayor o menor «debilidad» del paciente o su esperanza de vida a largo plazo–, lo que podría dar entrada a que las personas con discapacidad se vieran sistemáticamente postergadas en estas decisiones (así, MERKEL, *FAZ*). Y aunque el Tribunal deja al legislador un amplio margen de decisión sobre cómo ha de configurarse esta futura regulación –uno excesivo, en opinión de MERKEL, *FAZ*–, parece evidente que una que permitiera a los médicos tomar esta clase de decisiones con *absoluta libertad*, bajo *cualesquiera* criterios, se encuentra vedada de antemano, pues solo empeoraría la situación. En palabras del Tribunal, «[l]os médicos encargados del tratamiento que deben llevar a cabo un triaje condicionado por una pandemia se encuentran ante una situación de decisión extrema. Deben decidir a quién se asignan los insuficientes recursos de medicina intensiva disponibles y a quién no. En esta situación, puede resultar especialmente exigente prestar también a las personas con discapacidad la atención médica que necesitan. Esto *solo puede lograrse* cuando se garantiza que las decisiones se toman *exclusivamente* en función

inconstitucional, por contrario a la dignidad humana, el derribo de aviones secuestrados(235)). Pero, como también creo que esto debería compartirlo cualquier partidario del paradigma interpersonal de la justificación, no me parece que el escenario del triaje *ex ante* pueda aportar ningún argumento de peso a favor del jurídico-público.

Como ya anticipé, lo mismo sucede en relación con el escenario del triaje *ex post*. También aquí ambos paradigmas de la justificación conducen, a mi juicio, a la misma solución; una que, en este caso, también comparte Coca Vila(236): no está justificado extubar a un paciente para utilizar el respirador, con mayores perspectivas de éxito, en el tratamiento de otro paciente que ha ingresado posteriormente(237). El médico que lo haga cometerá un homicidio antijurídico y, en principio, culpable. La premisa de la que ha de partirse para llegar a esta conclusión la expresa muy claramente Coca Vila desde el punto de vista del paradigma interpersonal, pero resulta, a mi juicio, perfectamente compartible desde la perspectiva del paradigma jurídico-público:

«[L]a intubación del primer paciente, en tanto que tratamiento médico indicado con vocación de permanencia en el tiempo, supone –desde una perspectiva jurídico-penal– la consolidación de la expectativa de salvamento de dicho paciente. En ese momento el respirador se integra normativamente en su esfera jurídica de forma plena,

de la probabilidad actual y a corto plazo de supervivencia [de los pacientes]» (1 BvR 1541/20, par. 123, énfasis añadido).

(235) Vid. núm. 209. Lo cierto es que el Tribunal no dedica demasiado esfuerzo a conciliar ambas decisiones, sino que se limita a afirmar en esta segunda que «el hecho de que la inviolabilidad de la dignidad humana impida llevar a cabo una ponderación de vida contra vida [...] no se opone, en principio, a la existencia de una regulación de los criterios de distribución de recursos escasos para la salvación de vidas» (1 BvR 1541/20, par. 128). No obstante, creo que una y otra son perfectamente coherentes si se toma como punto de partida el paradigma interpersonal de la justificación y se asume, a su vez, como aquí se ha defendido, que en el caso del derribo de aviones no existe colisión de deberes (vid. 203). En cambio, desde el punto de vista del paradigma jurídico-público –y también del interpersonal, si se afirma la colisión de deberes en el caso de los aviones– una y otra sentencia son inconciliables y la del derribo de aviones es incorrecta: igual que debería haberse ponderado *cuantitativamente* vidas humanas (es mejor que mueran solo n personas que que mueran $n + x$), cabe ponderarlas *cualitativamente* siempre que se haga en función de criterios no discriminatorios como las expectativas de supervivencia.

(236) COCA VILA, *InDret*, 2021, pp. 188-192; EL MISMO, *Revista Penal*, *passim*, esp. p. 21.

(237) Así, también JAKOBS, 1991, pp. 420-421; CUERDA ARNAU, 1997, pp. 185-186; ROXIN y GRECO, 2020, pp. 854-855; HILGENDORF, *ELDP*, p. 24; ENGLÄNDER, 2021, pp. 118-122; FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 329-333; y ZIMMERMANN, 2021, pp. 252-253.

gozando sobre aquel de un mejor derecho que cualquier otro potencial necesitado»(238).

Se construya este escenario como uno de colisión de deberes o uno de estado de necesidad agresivo(239), aquí se plantea, por tanto, la siguiente situación: para salvar la vida del *único necesitado* –el paciente que ingresa en segundo lugar– habría que matar a otra persona *ajena* a esta situación de necesidad, cuyas expectativas vitales se encuentran, en principio, salvaguardadas (el paciente intubado). Para los defensores del paradigma interpersonal, esto es todo lo que importa: no se puede justificar el homicidio porque esto, al ser el paciente intubado totalmente ajeno a la situación de necesidad que se plantea, sería tanto como imponerle un deber de soportar su propia muerte basado en la *pura solidaridad*. La solución sería exactamente la misma si, extubando al primer paciente, se pudiera salvar la vida de otros cien mil que ingresaran posteriormente con problemas respiratorios graves y altas expectativas de supervivencia en caso de ser atendi-

(238) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 189; una idea que el autor desarrolla con mayor detalle en EL MISMO, *Revista Penal*, pp. 13-19.

(239) En este caso la calificación como una u otro no tiene relevancia práctica alguna, ni siquiera para los partidarios del paradigma interpersonal (como hemos visto, *nunca* la tiene, a los efectos *penales*, para los defensores del paradigma jurídico-público). Esta dependería de que pudiera afirmarse que el médico es garante de la vida del segundo paciente ingresado, y ello, a su vez, de que se encontrase ya establecida o no la relación médico-paciente. (así, COCA VILA, *InDret*, 2021, pp. 188-189, con núm. 120). Pero, aun afirmándose la existencia de dos deberes –el de no matar al paciente intubado y el deber (de garante) de salvar la vida del nuevo paciente– el primero sería de mayor rango, al ser el nuevo paciente el único propiamente «necesitado» (*dominus*); vid. COCA VILA, 2016, pp. 386-387, 407, 408-409; EL MISMO, *InDret*, 2017, p. 24; EL MISMO, *InDret*, 2021, pp. 189, 191-192; EL MISMO, *Revista Penal*, pp. 20-21. Una opinión diferente sostiene, sin embargo, HÖRNLE. Para la autora, la calificación del triaje *ex post* como un supuesto de colisión de deberes tiene consecuencias muy diferentes a las que derivarían de la apreciación de un escenario de estado de necesidad agresivo. Mientras que en este último caso la única posibilidad sería considerar la interrupción del tratamiento del primer paciente un homicidio injustificado (2021, pp. 159-163), el análisis bajo el prisma de la colisión de deberes permite equiparar el tratamiento del triaje *ex post* al del triaje *ex ante*; supuesto en el que –siempre de acuerdo con HÖRNLE– el médico puede decidir libremente a cuál de los pacientes salva (2021, pp. 154, 166-173, 175-180, 184, 185). La postura de HÖRNLE se basa, sin embargo, en dos premisas que me parecen cuestionables: la de que el médico es también garante de la vida del segundo paciente ingresado, haya asumido o no el tratamiento (2021, pp. 152-171) –de ahí la colisión de deberes– y la de que, en la medida en que la supervivencia del paciente intubado no depende solo del respirador sino también de la continuación de otras prestaciones médicas (la propia cama, la medicación, etc.) cuya pertenencia a su esfera no se encuentra «consolidada», ambos pacientes son *domini* a los efectos de la resolución del conflicto (2021, pp. 171-173).

dos (empleando el respirador sucesivamente en el tratamiento de todos ellos).

A mi juicio, el paradigma jurídico-público conduce a la misma conclusión, pero por una vía mucho menos categórica: la *ponderación* de todos los intereses en juego(240). En un lado de la balanza se encuentra la vida del paciente ingresado en segundo lugar, cuyas expectativas de supervivencia en caso de acceder al respirador superan a las del paciente ya intubado. En el otro, el deber del médico de mantener con vida a este último. Y si la comparación de las expectativas de supervivencia de uno y otro paciente parecen, en principio, otorgar un «mejor derecho» al paciente que ingresa en segundo lugar, un factor juega decisivamente en su contra: el *statu quo*. En cuanto el respirador «se integra normativamente en la esfera jurídica» del paciente intubado, el reparto por defecto de las oportunidades de salvación lo favorece; el segundo paciente ingresado es, en principio, el sujeto condenado por el curso natural de los acontecimientos (el que perecerá si nadie lo impide).

Como ya he mencionado, el Derecho es, hasta cierto punto, «conservador»: otorga relevancia normativa a la distribución por defecto de las oportunidades de supervivencia de los bienes jurídicos, de forma que, en ausencia de una preponderancia sustancial de unos intereses en juego sobre otros, la balanza se inclina del lado de la preservación de aquellos que el destino no ha condenado(241). Y creo que el grado de preponderancia que ha de exigirse, a estos efectos, entre unos intereses y otros es directamente proporcional al de *consolidación de la expectativa de salvación* de los favorecidos por el *statu quo*. Nadie cuestiona, por ejemplo, que sea ilícito matar a un paciente que ingresa en un hospital para una inocua operación de cataratas con el fin de extraer sus órganos y trasplantárselos a otros cinco pacientes cuya vida depende de ello(242). El caso del triaje *ex post* se parece a este último: como el respirador ya se ha integrado en la esfera jurídica del paciente intubado, la salvación de una sola vida –la del paciente ingresado en segundo lugar– no puede justificar su extubación por parte del médico, tampoco desde el punto de vista del paradigma jurídico-público de la justificación.

(240) Vid. BIRNBACHER, 2021, pp. 214-216; y POSCHER, 2021, pp. 63-64; una perspectiva que yo misma he defendido en PANTALEÓN DÍAZ, AdD; LA MISMA, 2021, pp. 710-711.

(241) Vid. el texto al que acompañan las notas 93-94.

(242) Vid., p. ej., SEELMANN, 1978, p. 71; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 513; HÖRNLE, *Crim. Law and Philos.*, p. 127; LA MISMA, *InDret, passim*, esp. p. 21; MIR PUIG, 2016, pp. 481-482; HERRING, 2020, pp. 714, 750; ROXIN y GRECO, 2020, p. 855; BIRNBACHER, 2021, p. 217; o POSCHER, 2021, pp. 64, 72.

Pero este último paradigma permite realizar una matización que resulta, a mi juicio, muy necesaria: contra lo que se ven obligados a sostener los partidarios del paradigma interpersonal(243), los dos casos no son idénticos. Por muy incorporado a su esfera que se encuentre el respirador, la situación del paciente ya intubado que *depende de él* para el desarrollo de sus funciones vitales no es la misma que la de uno con capacidad de supervivencia autónoma. Si, como en el caso de la extracción de órganos, el respirador pudiera salvar (mediante su uso sucesivo) a otros *cinco* pacientes con mejor pronóstico de recuperación que el ya intubado, el paradigma jurídico-público de la justificación permitiría quizás una solución diferente(244), donde los defensores del interpersonal solo ven categórica ilicitud.

Salvando este pequeño matiz, las conclusiones a las que conducen ambos paradigmas de la justificación vuelven a ser idénticas (y perfectamente sensatas): sí al triaje *ex ante*, siempre que se realice en función de las respectivas probabilidades de supervivencia; no al triaje *ex post*. Veamos, finalmente, el único escenario para el que difieren: el de triaje *ex ante* preventivo. ¿Puede un médico negar el ingreso en la UCI a un paciente con escasas perspectivas de supervivencia (o rechazar su intubación), en aras de dejar la cama (o el respirador) libre para el previsible ingreso de otro paciente con un pronóstico más favorable? La respuesta del paradigma interpersonal es, de nuevo, un categórico «no». Si lo hace, cometerá –en comisión por omisión– un homicidio injustificado y, en principio, culpable(245). Dado que el médico tiene un deber (de garante) de ingresar al primer paciente en la UCI si este es el tratamiento indicado, y todavía ningún deber respecto del paciente que probablemente pretenda ingresar después, nos encontramos ante un escenario de estado de necesidad agresivo. Y la necesidad (potencial) del segundo paciente no basta para imponer al primero el deber de soportar su propia muerte, por muy diferentes que sean las expectativas de supervivencia de uno y de otro.

(243) Así, p. ej., COCA VILA, *Revista Penal*, pp. 14, 21.

(244) Vid., en esta línea, POSCHER, 2021, pp. 63-64; y, aparentemente, BIRNBACHER, 2021, p. 126, que llegan a defender que existiría, incluso, un cierto grado de desfase entre las expectativas de supervivencia (mínimas) del paciente intubado y las (mucho mayores) del paciente que ingresa en segundo lugar que sería suficiente para inclinar la balanza a favor de este segundo; una conclusión que no comparto, pero a la que, desde luego, podría llegarse desde la perspectiva del paradigma jurídico-público. Más radical aún, en la línea de estos autores, HOVEN, 2021, pp. 367-369.

(245) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 188; FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 324-325, 328-329. También, aparentemente, desde el punto de vista moral, DE LORA, *Τέλος, passim*, esp. p. 15.

Solo el paradigma jurídico-público permite una solución distinta. Coincidiendo en que el escenario planteado se corresponde con un estado de necesidad agresivo, lo que corresponde, desde este punto de vista, es *ponderar*; y aquí una ponderación de todos los intereses en juego puede conducir, según creo, a la justificación(246). Salvo que se haya comprometido ya también al tratamiento del segundo paciente –entonces la situación sería de triaje *ex ante* (no preventivo)– el médico tiene, en efecto, el deber (de garante) de ingresar en la UCI al paciente con escasas probabilidades de supervivencia; paciente al que, además, favorece en cierta medida el *statu quo*: al fin y al cabo, ha llegado primero (*prior tempore, potior iure*). Sus expectativas de salvación no están, sin embargo, ni mucho menos tan *consolidadas* como las del paciente que ya está intubado: el respirador todavía *no* se ha integrado en su esfera jurídica.

Puede, por tanto, que, si existe una probabilidad considerable de que ingrese posteriormente un paciente con un pronóstico de supervivencia mucho más favorable en caso de ser tratado, el médico no esté causando un «mal mayor» (art. 20.5.º CP) al incumplir su deber de ingresar en la UCI al primer paciente. El médico no tiene, pues, ningún deber de denegar su ingreso, pero, si lo hace, el homicidio que cometa podrá estar justificado por estado de necesidad agresivo(247).

(246) Vid. PANTALEÓN DÍAZ, *AdD*; LA MISMA, 2021, p. 711.

(247) Creo que el siguiente ejemplo de DOMÉNECH PASCUAL proporciona una buena analogía con los tres escenarios de triaje que se han presentado y permite comprobar hasta qué punto las intuiciones mayoritarias al respecto coinciden con lo hasta aquí defendido: «Imagínese que se encuentra en la cubierta de un barco que navega por unas aguas infestadas de tiburones cuando, como consecuencia de un golpe de mar, cinco personas desconocidas caen al agua por estribor y, simultáneamente, una por babor. Si usted dispone únicamente de una escalerilla de cuerda y sabe que no hay tiempo para rescatarlas a todas –o se salvan cinco o se salva una–, ¿por qué lado del barco arrojaría la escalerilla? Imagínese que primero cae al mar una persona por babor y luego, justo después de lanzarle la escalerilla, las cinco por estribor. ¿Retiraría en este caso la escalerilla para poder salvar a estas cinco personas? Imagínese que el sujeto que cayó por babor ya ha comenzado a subir por la escalera cuando caen los otros cinco. ¿La agitaría con fuerza para que aquél volviera a caerse al agua y éstos pudieran salvarse? ¿Estaría dispuesto a golpearle con un palo?» (*Revista de Administración Pública*, pp. 396-397). El primero de los supuestos se parece al escenario de triaje *ex ante*, cuando hay que escoger entre pacientes con oportunidades de supervivencia diferentes; en un caso se trata de una ponderación cuantitativa entre vidas y en otro de una ponderación cualitativa. Y me parece que en ambos supuestos resulta igualmente intuitiva la existencia de una *deber* prevalente –no una mera alternativa– de tomar el curso de acción que maximice (en términos agregados) la supervivencia de los implicados. El triaje *ex post* se parece, por el contrario, al supuesto en el que la persona que ha caído por babor ya ha comenzado a trepar por la escala –consolidándose *parcialmente* sus expectativas de supervivencia– cuando las otras cinco caen al agua: nadie le retiraría la escalera a este sujeto si al otro lado de la balanza hubiera

En todo caso, el paciente beneficiado por la denegación de ingreso tendrá que indemnizar a los perjudicados por la muerte del sacrificado, pues la justificación de su homicidio –de acuerdo con el paradigma jurídico-público– no conlleva un deber de este de soportarlo.

Con esto podemos dar por cerrado el capítulo de las implicaciones prácticas en casos «de vida o muerte». En muchos de ellos, ambos paradigmas vuelven a llegar, como en los casos normales, a las mismas (sensatas) conclusiones. Pero hay al menos dos escenarios en los que no: solo el paradigma jurídico-público permite considerar justificado el derribo de aviones secuestrados y el triaje *ex ante* preventivo, sin que ello implique un deber de los perjudicados de soportar el daño; es decir, sin perjuicio de la responsabilidad civil por sacrificio de los beneficiados. Los defensores del paradigma interpersonal no tienen otra alternativa (coherente) que considerar antijurídicas ambas conductas. Que la solución del paradigma jurídico-público de la justificación para el derribo de aviones resulta más satisfactoria lo ponen de manifiesto los intentos –a veces desesperados– de muchos defensores del paradigma interpersonal de impedir el castigo del autor en esta clase de casos.

Sobre el triaje *ex ante* preventivo y la conveniencia de su justificación no existe (todavía) una prueba tan contundente, pero me atrevería a apostar a que ninguno de los profesionales sanitarios que han llevado a cabo este tipo de prácticas durante la etapa más dura de la pandemia(248) va a ser castigado por homicidio en los próximos años. Los defensores del paradigma jurídico-público de la justificación no tendremos nada que explicar. Los del paradigma interpersonal encontrarán la forma –el error (de prohibición) *invencible* sobre el alcance del estado de necesidad en esta clase de supuestos parece el mejor candidato(249)–,

solo *otra* vida humana en juego, pero (algunos) empezamos a dudar cuando se trata de *cinco*; y se nos vuelven a disipar las dudas si el sujeto ya ha alcanzado la cubierta del barco (expectativa de supervivencia *totalmente* consolidada, como en el caso del trasplante de órganos). Entre ambos supuestos, queda aquel en el que ya hemos lanzado la escalera, pero la primera de las personas que se ha caído al agua *todavía no se ha asido* a ella cuando caen las otras cinco. Aquí la analogía se plantea con el escenario de triaje *ex ante* preventivo. Si usted cree que, en este caso, debería resultar permisible (pero no obligatorio) retirar la escalera y salvar a las otras cinco personas, entonces sus intuiciones se corresponden con el paradigma jurídico-público de la justificación. El paradigma interpersonal es incompatible con ellas.

(248) Pues, en palabras de COCA VILA, «nadie duda de que en los hospitales europeos [...] se practica esta forma de triaje» (*InDret*, 2021, p. 181).

(249) Repárese, sin embargo, en que, a diferencia del error sobre los supuestos de la justificación o el estado de necesidad exculpante, esta es un arma de un solo uso: podemos absolver por error de prohibición invencible a todos los médicos que practicaron triaje *ex ante* preventivo *la primera vez* que hizo falta, antes de que los tribunales declararan prohibida la conducta. Pero, a partir de entonces, tenemos

pero habrán perdido elegancia teórica por el camino. Esto es todo lo (poco, en realidad) que he tratado de demostrar en este apartado.

VI. CONCLUSIONES

Resumo hasta la esencia el (largo, y lo lamento) camino que nos ha llevado desde el artículo de las abejas hasta el triaje sanitario. En el debate actual sobre la justificación jurídico-penal pueden identificarse, a grandes rasgos, dos paradigmas en liza: el interpersonal y el jurídico-público. El primero concibe las causas de justificación penales como criterios de resolución justa de conflictos entre individuos concretos, de manera que la justificación de la conducta de una de las partes tiene como contrapartida el deber de la otra parte de tolerarla. El segundo, en cambio, construye la tipicidad y la antijuridicidad de acuerdo con una misma lógica: ambas categorías son el resultado de una ponderación entre todos los intereses en juego, y ni la atipicidad ni la justificación de una conducta conllevan un deber de tolerancia de la persona perjudicada por ella.

Los dos paradigmas de la justificación penal conducen a las mismas soluciones en casos normales, por lo que se puede concluir que sus implicaciones prácticas son igualmente satisfactorias. Ambos son, por otra parte, compatibles con el Derecho positivo español. La ventaja fundamental del paradigma jurídico-público sobre el interpersonal reside en su mayor elegancia teórica, medida en términos de simplicidad: no hace ninguna falta aparejar las causas penales de justificación con deberes de tolerancia, de modo que el paradigma interpersonal –en tanto teoría *penal* de la justificación– contiene una pieza innecesaria.

Los deberes de tolerancia sí son, en cambio, esenciales como elementos de *otra* construcción teórica, que aún está en buena medida por desarrollar: la de la responsabilidad *civil* por sacrificio; la forma de responsabilidad reconocida en artículos como el 612 CC (el de las abejas) o el 118.1.3.^a CP. El paradigma interpersonal de la justificación jurídico-penal puede, de este modo, constituir un punto de partida inmejorable para dilucidar en qué casos la parte perjudicada por un sacrificio intencional y justificado de sus intereses tiene derecho a exigir una indemnización, y en cuáles debe soportar definitivamente el daño.

que estar dispuestos a castigar. Así, respecto del derribo de aviones, SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, p. 25.

Una razón adicional para preferir el paradigma jurídico-público al interpersonal reside, finalmente, en las soluciones a las que uno y otro paradigma conducen en algunos supuestos de hecho que plantean dilemas existenciales extremos: el derribo de aviones secuestrados y el triaje *ex ante* preventivo en situaciones de escasez de recursos sanitarios son los mejores ejemplos. El paradigma interpersonal solo deja dos opciones ante estos grupos de casos: considerar punibles estas conductas o reconocer pequeñas «válvulas de escape» que –a modo de excepciones más o menos explícitas al sistema– permitan su impunidad. Los defensores del paradigma jurídico-público no tienen ninguna dificultad para llegar a la conclusión de que ambas conductas están justificadas; solución que, sin duda, es la más sencilla (de nuevo, la más elegante) si lo que se pretende es impedir el castigo de sus autores.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, R., «Autonomía, solidaridad y deber de socorro. (Un apunte histórico), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2000, pp. 361-411.
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments). Part I: General Provisions §§ 1.01 to 2.13*, Filadelfia, 1985.
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments). Part I: General Provisions §§ 3.01 to 5.07*, Filadelfia, 1985.
- ALASTUEY DOBÓN, M. C., «La responsabilidad civil y las costas procesales», en Gracia Martín, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, pp. 589-651.
- ALONSO GALLO, J. y PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Responsabilidad civil derivada del delito», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
- AUSGBERG, S., «Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 3-39.
- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, t. I, 2.ª ed., Santiago de Chile, 2020.
- BIRGUGLIO, M., *El estado de necesidad en el Derecho civil*, Madrid, 1971 (trad. Manuel García Amigo).

- BIRNBACHER, D., «Triage-Entscheidungen im Kontext der Corona-Pandemie-die Sicht eines Ethikers», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 189-219.
- BOLEA BARDON, C., «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998, pp. 613-641.
- BUCKLEY, R. A., «Self-Help», en Jones, M. A. *et al.* (coords.), *Clerk & Lindsell on Torts*, 23.^a ed., Londres, 2020, pp. 2193-2211.
- BUSTO LAGO, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998.
- CANO PAÑOS, M. A., «Caso de la *Luftsicherheitsgesetz*», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.^a ed., Las Rozas, 2011, pp. 911-934.
- CANTARD, N., «Situaciones de necesidad y comunidades de peligro», *Derecho Penal y Criminología*, 2021, pp. 115-168.
- CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid, 1982.
- CHIESA, L. E., «Caso *La Mignonette*», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.^a ed., Las Rozas, 2011, pp. 95-109.
- COCA VILA, I., «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, 2011 (1).
- *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, 2016.
- «La legítima defensa frente a omisiones», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2016, pp. 75-122.
- «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», *InDret*, 2017 (2).
- «Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 2017, pp. 235-275.
- «La colisión «deficitaria» de deberes», *En Letra: Derecho Penal*, 2018, pp. 52-88.
- «Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, 2021 (1), pp. 166-202.
- «La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (traje *ex post*)», *Revista Penal*, 2022, pp. 7-25.
- COCA VILA, I. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros *D&O*», *Anuario de Derecho Civil*, 2021, pp. 113-216.
- CUELLO CONTRERAS, J., «Los límites de la normativización del Derecho penal en situaciones de necesidad. Reflexiones sobre el libro de Ivó Coca Vila, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, 2016», *InDret*, 2022 (1), pp. 468-497.

- CUERDA ARNAU, M. L., *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997.
- CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en el Derecho penal*, Madrid, 1984.
- «Sobre el concurso entre causas de justificación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 519-556.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I, 2.^a ed., Barcelona, 2008, pp. 329-412.
- DE LORA, P., «¿A qué inocentes debemos sacrificar? La selección de pacientes para la distribución de recursos sanitarios», *Τέλος: Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 2005, pp. 9-32.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. V, Cizur Menor, 2011.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea», *Revista de Administración Pública*, 2008, pp. 389-425.
- «Justificación de las indemnizaciones por sacrificios impuestos en la lucha contra epizootias y plagas», *InDret*, 2011 (4).
- DUFF, R. A., *Answering for Crime*, Oxford, 2009.
- ENGLÄNDER, A., «Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante Triage», en Hörnle, T. et al. (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 111-148.
- FATEH-MOGHADAM, B. y GUTTMANN, T., «Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von Covid-19-Patienten in der Intensivmedizin», en Hörnle, T. et al. (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 291-334.
- FLETCHER, G. P., *Rethinking Criminal Law*, Boston y Toronto, 1978.
- FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außer-tatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Colonia, Berlín, Bonn y Múnich, 1983.
- *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid y Barcelona, 2004 (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo).
- «Strafrecht und Solidarität. Zugleich zu Notstand und unterlassener Hilfeleistung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 121-137.
- GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad. (Un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Madrid, 2006.
- GARDNER, J., *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed., Madrid, 1990, pp. 218-230.

- GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable», en García Valdés, C. *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Madrid, 2008, pp. 949-973.
- GÓMEZ CALERO, J., *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ PELLICER, J. M., «Sobre los estados de necesidad en la mar», *Diario La Ley*, 7 de mayo de 2014.
- GONZÁLEZ POVEDA, P., «La responsabilidad por riesgo», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. II, 2.^a ed., Barcelona, 2008, pp. 699-713.
- GOUDKAMP, J., *Tort Law Defences*, Oxford, 2013.
- GRECO, L., «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de las *ticking time bombs*», *InDret*, 2007 (4) (trad. Eduardo Javier Riggi).
- «Notwehr und Proportionalität», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, pp. 665-683.
- «Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión», en Cancio Meliá, M. *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, Madrid, 2019, pp. 485-494 (trad. Manuel Cancio Meliá).
- «Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2022 (1), pp. 1-96.
- GRUNDMANN, S., «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», en Krüger, W. (coord.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. II, 8.^a ed., München, 2019.
- GUERRA ESPINOSA, R., *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad*, Santiago de Chile, 2017.
- GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Colonia, Berlín, Bonn y München, 1983.
- HERRING, J., *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 9.^a ed., Oxford, 2020.
- HILGENDORF, E., «Recomendaciones de triaje en la crisis del coronavirus: no importunar a los médicos con cuestiones jurídicas», *En Letra: Derecho Penal*, 2020, pp. 23-26.
- HIRSCH, H. J., «El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana», en García Valdés, C. *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Madrid, 2008, pp. 1005-1031 (trad. Eduardo Demetrio Crespo).
- HORDER, J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 9.^a ed., Oxford, 2019.
- HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *JuristenZeitung*, 2006, pp. 950-958.
- «Hijacked Airplanes: May They Be Shot Down?», *New Criminal Law Review*, 2007, pp. 582-612.
- «Shooting Down a Hijacked Plane – The German Discussion and Beyond?», *Criminal Law and Philosophy*, 2009, pp. 111-131.

- «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», *InDret*, 2010 (2) (trad. Nuria Pastor Muñoz).
- «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 149-186.
- HOVEN, E., «Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 335-370.
- HRUSCHKA, J., «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *Juristische Schulung*, 1979, pp. 385-393.
- «Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gent y en Kant», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004, pp. 5-17 (trad. Ricardo Robles Planas).
- HUSTER, S., «Wer hat Angst vor der Triage? Ähnlichkeiten und Unterschiede zu anderen Priorisierungsentscheidungen und ihre normative Bedeutung», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 83-107.
- JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed, Berlín, 1991.
- *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996 (trad. Manuel Cancio Meliá).
- «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», en Amelung, K. *et al.* (coords.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart, 2010, pp. 207-220.
- *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt, 2012.
- «Principios y límites de la justificación», *Derecho Penal y Criminología*, 2013, pp. 13-28.
- «Defensiver Notstand», en Kindhäuser, U. y Pawlik, M. (coords.), *Notwehr in Deutschland und China. Weltanschaulicher Hintergrund und dogmatische Grundfragen*, Baden-Baden, 2020, pp. 177-192.
- JANSEN, N., *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tubinga, 2003.
- «The Idea of Legal Responsibility», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014, pp. 221-252.
- JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., Granada, 2002 (trad. Miguel Olmedo Carnedete).
- KOZIOL, H., *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Viena, 2012 (trad. Fiona Salter Townshend).
- KRAUSE MUÑOZ, M. S., *Responsabilidad: lo unitario en los sistemas civil y penal*, Santiago de Chile, 2015.
- KÜHNBACH, L., *Solidaritätspflichten Unbeteiligter. Dargelegt am Beispiel von Aggressivnotstand, Defensivnotstand, unterlassener Hilfeleistung und polizeilichem Notstand*, Baden-Baden, 2006.
- KÜPER, W., «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der „Kollision Leben gegen Leben »», *Juristische Schulung*, 1981, pp. 785-794.

- THE LAW COMMISSION, *Criminal Law Report on Defences of General Application*, Londres, 1977.
- LADIGES, M., «Die notstandsbedingte Tötung von Ubeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG —ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, pp. 129-140.
- LENCKNER, T., *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)*, Tubinga, 1965.
- LÜBBE, W., «Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht. Prämissen und Fehlschlüsse», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 257-289.
- LUNNEY, M., NOLAN, D. y OLIPHANT, K., *Tort Law. Text and Materials*, 6.^a ed., Oxford, 2017.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2.^a ed., Montevideo y Buenos Aires, 2002.
- *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Valencia, 2016.
- MAÑALICH RAFFO, J. P., «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en MAÑALICH RAFFO, J. P. (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo y Buenos Aires, 2013, pp. 177-283.
- MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ CANTÓN, S., *La ponderación en el estado de necesidad*, León, 2009.
- «Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad», en Luzón Peña, D. M. (coord.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado honoris causa en la Universidad de Alcalá*, Las Rozas, 2010, pp. 405-444.
- MATUS ACUÑA, J. P., «Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos», *Política Criminal*, 2008, pp. 1-35.
- MCBRIDE, N. J. y BAGSHAW, R., *Tort Law*, 6.^a ed., Harlow, 2018.
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Cizur Menor, 2018.
- MEDINA CRESPO, M., *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio «compensatio lucri cum damno» en el Derecho de daños*, Barcelona, 2015.
- MERKEL, R., «Die Triage-Entscheidung hilft Behinderten nicht», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 de enero de 2022.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000, pp. 57-137.

- «El estado de necesidad como ley general (aproximación a un sistema de causas de justificación», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, pp. 199-260.
 - *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
 - «Naturaleza del sistema de causas de justificación», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, 2006, pp. 373-392.
 - «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en ALCÁCER GUIRAO, R. y CUERDA RIEZU, A., *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid, 2006.
 - «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en de Vicente Remesal *et al.* (coords.), *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, t. I, Madrid, 2020, pp. 805-839.
 - «Sistema de causas de justificación», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
 - «Legítima defensa», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
 - «Estado de necesidad», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
- MÜNZBERG, W., *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt, 1966.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Los animales y el Derecho», en MUÑOZ MACHADO, S. *et al.*, *Los animales y el Derecho*, Madrid, 1999, pp. 15-115.
- OMEROD, D. y LAIRD, K., *Smith, Hogan & Omerod's Text, Cases & Materials on Criminal Law*, 13.ª ed., Oxford, 2020.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.ª ed., Las Rozas, 2011, pp. 177-192.
- PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona, 2006.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», *Diario La Ley*, 19 de enero de 2021.
- «De kantianos y triajes. Notas para un debate con Ivó Coca», *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2021.
 - «Estado de necesidad, colisión de deberes y triaje: hacia una justificación utilitarista no colectivista», en Romero Casilla, A. J. *et al.* (coords.), *Libro en homenaje jurídico al año del bicentenario del Perú: 200 años de independencia*, Lima, 2021, pp. 703-711.
 - *Delito y responsabilidad civil extracontractual: una dogmática comparada*, Madrid y Barcelona, 2022 (en prensa).
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Artículo 612», en Paz-Ares Rodríguez, C. *et al.* (coords.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 1556-1558.
- «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, 1994, pp. 239-253.

- «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000, pp. 167-191.
- PAPAYANNIS, D., «La práctica del *alterum non laedere*», *Isonomía*, 2014, pp. 19-68.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995.
- PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, Berlín y Nueva York, 2002.
- «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JuristenZeitung*, 2004 (21), pp. 1047-1055.
- *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, 2012.
- «El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad», *Derecho Penal y Criminología*, 2013, pp. 13-29 (trad. Hernán Darío Orozco López).
- «Solidaridad como categoría de legitimación jurídico-penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante», *Revista de Estudios de la Justicia*, 2017, pp. 222-247 (trad. Ivó Coca Vila).
- PEEL, E. y GOUDKAMP, J., *Winfield & Jolowicz on Tort*, 19.ª ed., Londres, 2014.
- PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.
- «Tipicidad en los delitos omisivos», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
- PERALTA, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, 2012.
- POLO TORIBIO, G., «Abejas, enjambre, colmena: evolución histórico-jurídica a la luz del Fuero de Cuenca», en Torrent Ruiz, A. J. (coord.), *Los derechos reales: actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*, Madrid, 2001, pp. 211-231.
- POSCHER, R., «Die Abwägung von Leben gegen Leben. Triage und Menschenwürdegarantie», en Hörnle, T. et al. (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 41-81.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Las personas civilmente responsables (apartados 1-4)», en QUINTERO OLIVARES, G. et al., *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Cizur Menor, 2002, pp. 145-158.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, edn. revisada, Cambridge (MA), 1999.
- REZNIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, Berlín, 1994.
- ROBLES PLANAS, R., «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en Luzón Peña, D. M. (coord.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado honoris causa en la Universidad de Alcalá*, Las Rozas, 2010, pp. 445-473.
- «Caso del Leinenfänger», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.ª ed., Las Rozas, 2011, pp. 111-127.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1978.
- ROCA TRÍAS, E., «La responsabilidad civil derivada de delito», en Roca Trías, E. y Navarro Michel, M. (coords.), *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6.ª ed., Valencia, 2016, pp. 67-103.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción», en Cancio Meliá, M. et al. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, Madrid, 2019, pp. 291-306.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.
- «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad», en Barbero Santos, M. et al. (coords.), *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 509-522.
- ROGEL VIDE, C., *Los animales en el Código Civil*, Madrid, 2017.
- ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Valencia, 2010.
- ROLDÁN BARBERO, H., *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, Madrid, 1980.
- ROSTALSKI, F., «La vida no es imponderable», *En Letra: Derecho Penal*, 2020, pp. 26-30.
- ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976 (trad. Diego-Manuel Luzón Peña).
- ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., Múnich, 2020.
- SALVADOR CODERCH, P., «Las funciones del Derecho de daños», en SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, pp. 101-111.
- SAMSON, E., *Cursos causales hipotéticos en el Derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, Buenos Aires, 2003 (trad. Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer).
- SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «El abatimiento de un avión secuestrado», *InDret*, 2014 (4).
- *Sobre el estado de necesidad existencial*, Valencia, 2016.
- SANDEL, M. J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona, 2011 (trad. Juan Pedro Campos Gómez).
- SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991.
- SEELMANN, K., *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, Heidelberg y Hamburgo, 1978.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, pp. 663-692.

- «Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad” que no implican deberes de tolerancia», en Luzón Peña, D. M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999.
- «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, 2001 (3).
- «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor, 2005, pp. 1007-1028.
- *Tiempos de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría, práctica, vida social y economía*, Montevideo y Buenos Aires, 2009.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Montevideo y Buenos Aires, 2012.
- «Prólogo», en Mañalich Raffo, J. P. (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo y Buenos Aires, 2013, pp. XIII-XVI.
- «La legítima defensa que «recae sobre tercero»», en Cancio Meliá, M. et al. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, Madrid, 2019, pp. 785-798.
- SIMESTER et al., *Simester and Sullivan’s Criminal Law. Theory and Doctrine*, 7.ª ed., Oxford, Londres, Nueva York, Nueva Delhi y Sydney, 2019.
- SMITH, J. C., *Justification and Excuse in The Criminal Law*, Londres, 1989.
- STEEL, S., «Liability for Permissible Harm», 2022 (borrador inédito).
- STRATENWERTH, G., «Prinzipien der Rechtfertigung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1956, pp. 41-70.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Granada, 2009.
- WARDA, G., «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen», en SCHROEDER, F. C. y ZIPF, H., *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 143-171.
- WELZEL, H., «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, pp. 491-566.
- «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1951, pp. 47-56.
- WILENMANN, J., «El sistema de derechos de necesidad y de defensa en el Derecho penal», *InDret*, 2014 (3).
- «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, 2016 (1).
- *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, 2017.
- WILLIAMS, G., *Textbook of Criminal Law*, 2.ª ed., Londres, 1983.
- WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlín, 1981.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6.ª ed., Madrid, 2020.

ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlín, 1973.

ZIMMERMANN, T., «Kontraktualistische Überlegungen: Auf welche Zuteilungskriterien würden wir uns unter dem „Schleier des Nichtwissens“ einigen?», en HÖRNLE, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 221-255.

