



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Wilenmann von Bernath, Javier  
La legítima defensa sin contención material. Sobre la defensa frente a agresiones  
incorporales y omisivas  
Ius et Praxis, vol. 23, núm. 1, 2017, pp. 419-463  
Universidad de Talca  
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19752296011>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Trabajo recibido el 22 de octubre de 2015 y aprobado el 8 de marzo de 2016

## La legítima defensa sin contención material. Sobre la defensa frente a agresiones incorporales y omisivas\*

THE SELF-DEFENSE WHITHOUT TOUCHING.  
ABOUT THE DEFENSE AGAINST INCORPOREAL AND OMISSIVE AGGRESSIONS

JAVIER WILENMANN VON BERNATH\*\*

### RESUMEN

El presente artículo analiza dos problemas ligados a la evolución reciente de la legítima defensa: la expansión en la determinación de los bienes jurídicos que pueden ser defendidos y la aceptación de agresiones omisivas.

### ABSTRACT

The paper analyses two problems originated by the evolution of the doctrine of self-defense: the expansion of rights and positions that can be defended and the acceptance than an aggression can take place "by omission".

### PALABRAS CLAVE

Legítima defensa, agresión, omisión.

### KEYWORDS

Self-defense, aggression, omission.

## 1. Introducción

En sus aspectos nucleares, la dogmática de la legítima defensa parece constituir uno de aquellos tópicos sobre los que la literatura penal no exhibe mayores diferencias. Quien tome un manual o comentario de derecho penal alemán puede notar inmediatamente que conceptos tales como "agresión"

\* Este artículo ha sido desarrollado como parte del proyecto Fondecyt 11140141 sobre *Justificación en situaciones de necesidad*, del que el autor es el investigador responsable. Parte del contenido del artículo pudo ser desarrollado como parte de una estancia de investigación en el Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie de la Albert-Ludwigs Universität Freiburg y en el departamento de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. Agradezco al Prof. Dr. (h.c.) Michael Pawlik, al profesor Dr. (h.c.) Jesús Silva Sánchez y al profesor Ivó Coca Vila por la acogida en las respectivas unidades durante la estancia de investigación. Por último, una versión de este artículo se benefició de una discusión desarrollada en el Seminario del Centro de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Agradezco al profesor Dr. Francisco Maldonado por la invitación a exponer en dicho seminario.

\*\* Profesor Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Avenida Las Torres 2640, oficina 217-B, Peñalolén, Santiago. Dirección de correo electrónico: javier.wilenmann@uai.cl.

(*Angriff*), “actualidad” (*Gegenwärtigkeit*) o, en menor medida, “antijuridicidad” (*Rechtswidrigkeit*), son definidos mediante fórmulas generalmente compartidas, para luego ser analizados de un modo relativamente similar entre sí. Aunque el grado de congruencia que muestra la literatura en español es mucho menor, existiendo incluso divergencia en la atribución de sentido a conceptos claves (necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad, siendo los casos más obvios de completa disparidad terminológica), los problemas en cuestión no obstan a que la literatura muestre, en el fondo, una convergencia sustantiva relevante en lo relativo a la determinación de los requisitos centrales de la legítima defensa. Por supuesto, este estado aparentemente pacífico no alcanza a toda la dogmática de la legítima defensa: desde hace ya más de 20 años, la literatura penal se encuentra nuevamente enfrentada en la pregunta por el fundamento de la legítima defensa, y problemas tales como la procedencia de legítima defensa letal de cosas siguen siendo vehementemente discutidos. La legítima defensa no puede ser considerada una institución completamente pacífica en la literatura penal, pero sí parece serlo en sus aspectos nucleares.

El consenso imperante en el tratamiento dogmático general de la legítima defensa opera sobre la base de conceptos cuya atribución de sentido ha alcanzado hegemonía por más de 150 años, desde la imposición de un concepto normativo y general de legítima defensa en el derecho continental derivado de una determinada comprensión teórica. Ello pareciera sugerir que la comprensión de la institución no ha cambiado desde entonces: la legítima defensa es vista como la reacción necesaria frente a la contravención normativa que lesiona los derechos individuales del agredido o de un tercero y nada más que eso. Esta es la idea que se encuentra detrás del ya legendario trabajo de Albert Friedrich Berner y que ha marcado a la comprensión de la legítima defensa a partir de la fórmula, eternamente incomprendida, de que el derecho no debe ceder frente al injusto<sup>1</sup>. Sin embargo, como veremos, si bien la idea berneriana de legítima defensa no ha sufrido modificaciones abiertas en la literatura dominante, la forma en que la institución es interpretada sí lo ha hecho. Esta modificación ha tenido lugar por medio del acercamiento progresivo al concepto (berneriano) de la legítima defensa y el alejamiento progresivo de una imagen que le subyacía de modo latente: el ataque corporal intencional contra el cuerpo de otra persona. Esta imagen no sólo ha dominado hasta hoy las representaciones intuitivas de la legítima defensa, sino que la práctica judicial sigue tematizando a la legítima defensa bajo vínculo predominante con casos de esta especie. La teoría de la legítima defensa ha tendido a verse, de esta forma, limitada por una cierta imagen cuyo origen es anterior a la teoría.

<sup>1</sup> Véase BERNER (1848), pp. 554 y ss.

Considerada de modo puramente conceptual, la imagen de la violencia física puede ser vista como externa a la teoría de la legítima defensa. Si bien, de esta forma, el concepto de legítima defensa desarrollado por la literatura del siglo XIX no se encuentra vinculado a esa imagen en la determinación de las condiciones de reconocimiento de una situación de legítima defensa –esto es, en la interpretación de la conducta de otro como una agresión–, parte del poder de convicción sustantivo de la teoría en la justificación de la extensión del permiso de defensa parece encontrarse vinculado a esta imagen. La idea de que el agredido puede *hacer todo lo necesario* para repeler la agresión se entiende sin más a partir de la imagen que fija una representación de la agresión como algo violento y físico. Esta imagen se encuentra, sin embargo, en ruptura con la teoría que define a la legítima defensa y que originalmente realizaba esa imagen. Si la legítima defensa es la reacción necesaria frente a la vulneración lesiva del derecho individual nuclear de otro –de su autonomía formal–, la imagen de la agresión corporal es sólo una manifestación de ésta; el concepto se extiende mucho más allá. La teoría tiene de esta forma una tendencia natural a exceder el límite cultural de la imagen física originaria.

Como veremos, esta extensión ha tomado al menos dos formas. Por una parte, desde su origen en las limitaciones a la punición por lesión corporal u homicidio frente a ataques al cuerpo, la legítima defensa se ha extendido a otros bienes jurídicos individuales. Por otra parte, la dogmática y jurisprudencia ha aceptado progresivamente el alejamiento de la fenomenología de la agresión corporal directa, lo que se expresa en su forma más clara en la aceptación de agresiones omisivas. Las consecuencias que se han seguido de este proceso de doble alejamiento de la imagen que gobierna la representación intuitiva de la legítima defensa son extensas. En su forma más brutal, el problema se presenta en relación a la legitimidad de la coacción necesaria para poner término a una agresión omisiva que requiera de la colaboración del agresor bajo la forma de tortura. Como lo necesario no se ve definido aquí por la reacción necesaria para repeler un acometimiento, sino por lo necesario para forzar una colaboración que no se quiere dar, no es casual que la pregunta por la justificación de la tortura en legítima defensa haya surgido hacia el final de este camino.

Ese punto final dentro de este camino no podemos discutirlo en este artículo, tanto por la extensión propia que ha alcanzado la discusión, como por causa del hecho que involucra aspectos morales y constitucionales que tienen un contenido específico. Nos interesa, en cambio, revisar de modo más o menos general el camino mismo en la evolución de la comprensión de la legítima defensa en relación a sus dos componentes más relevantes, a saber, la pregunta por (II) aquello que constituye a la agresión desde el punto de vista del agredido (¿qué bienes jurídicos pueden ser defendidos en legítima defensa?), y la pregunta por

(III) el modo fenoménico en que puede desarrollarse la agresión y la forma en que puede responderse a éste.

## **2. El concepto de agresión y el alejamiento del cuerpo como centro de anclaje en la determinación de su contenido**

### **2.1. El concepto de agresión en la dogmática penal**

Las tensiones de la dogmática de la legítima defensa pueden ser descritas, tal vez de modo provocativo, como consecuencias indeseadas de la consistencia teórica. Bajo la comprensión dominante de la legítima defensa, la agresión debe definirse como contravención formal de ésta que sea defendible por medio de violencia privada, y la extensión de ese permiso debe encontrarse fijada por la medida de lo necesario para asegurar la defensa efectiva. Visto desde un punto de vista histórico, sin embargo, el potencial teórico de la legítima defensa ha manifestado su efecto expansivo en el primero de estos dos aspectos, esto es, en relación con el concepto de agresión. Nos interesa, por ello, revisar la forma en que la literatura reconstruye generalmente el concepto de agresión, con el objeto de contextualizar las dos preguntas centrales que nos interesan relativas a los bienes jurídicos que pueden ser defendidos en legítima defensa y la forma que debe tener la agresión.

El concepto de agresión es un concepto dogmático complejo. Su reconstrucción completa requiere ser llevada a cabo tomando en cuenta dos posiciones y distintos aspectos dentro de estas posiciones. Por una parte, se trata de la determinación de las condiciones bajo las cuales el derecho puede legítimamente imponer al agresor una forma de trato definida por el estándar de la legítima defensa. Este es el punto de vista del agresor. Por la otra parte, se trata de las condiciones en que la denegación de una pretensión de defensa típica necesaria no puede ser aceptada por el derecho. Este es el punto de vista del agredido.

En la consideración del punto de vista del agresor, las preguntas que tienden a plantearse en la determinación de qué constituye una agresión dicen relación con reglas de imputación de un comportamiento como infracción normativa. La pregunta que nos interesa a nosotros, en cambio, dice relación con el reconocimiento del contenido de las normas cuya infracción en condiciones determinadas por reglas de imputación son constitutivas de una agresión. Es decir, no se trata de las condiciones de responsabilidad bajo las cuales puede considerarse justificadamente que el agresor puede ser tratado con el estándar establecido por la legítima defensa al poner en peligro ciertos bienes jurídicos, sino directamente tematizar qué es lo que debe ser afectado o puesto en peligro de modo imputable, para que constituya una agresión. Esto es algo que se tematiza más bien desde el punto de vista del agredido. Por supuesto, en tanto institución normativa que califica una relación interpersonal, todos los aspectos

de la legítima defensa y del concepto de agresión se refieren a la posición de las dos partes en cuestión. Pero precisamente al desconectar analíticamente el problema relativo a las reglas de imputación, las que miran ante todo al interés del agresor, de la determinación del objeto que puede ser afectado mediante una agresión, el tratamiento dogmático de la determinación del objeto de ataque de la agresión se centra ante todo en la posición del agredido.

Si, como ejercicio teórico, uno desliga el tratamiento del concepto de agresión de la pregunta por el contenido de las reglas de imputación respectivas, permanecen en lo esencial dos preguntas relevantes que pueden encontrarse en la literatura: ¿qué es lo que debe suceder, para poder reconocer una agresión?; y ¿respecto a qué debe tener lugar ese estado de cosas? La primera pregunta tiende a plantearse como un problema de *definición* de lo que es una agresión. Se dice, de esta forma, que la agresión constituye un peligro o “amenaza”<sup>2</sup> de afectación de un bien jurídico que puede ser protegido mediante legítima defensa<sup>3</sup>. No es demasiado lo que puede discutirse dogmáticamente respecto a esta definición especial; el concepto de agresión se especifica más bien en el tratamiento de los distintos elementos que lo componen. Esto es: en la estrategia clasificatoria de tematización dogmática de la legítima defensa, la generación de una definición inicial de agresión sólo sirve para establecer un *genus proximum* a ser complementado en la generación del concepto final de agresión (imputable de acuerdo a las reglas respectivas, así como actual e ilegítima) que realmente interesa.

En abstracto, el único punto que tiende a merecer mayor atención en el tratamiento inicial del concepto de agresión es la tal vez excesivamente discutida pregunta por la perspectiva desde la que se juzga la existencia de una agresión. ¿Se juzga ella desde la perspectiva concreta del agredido, *ex ante*, con lo que una agresión aparente puede ser considerada, sin embargo, “agresión ilegítima” para efectos del reconocimiento de justificación por legítima defensa?<sup>4</sup> ¿O se

<sup>2</sup> Por cierto, la expresión amenaza, utilizada comúnmente para superar la descripción puramente “causalista” de peligro, parece concentrar ya en sí el requisito de actualidad. Así KÖHLER (1997), p. 266. Nada de esto es demasiado relevante, precisamente porque el concepto global de agresión ilegítima puede descomponerse analíticamente de la forma que se considere conveniente. Pero como se trata de utilidad analítica, es preferible efectivamente concentrar el razonamiento temporal en el requisito de actualidad.

<sup>3</sup> Fórmulas genéricas de esta clase tienden a ser usadas para definir a la agresión. Una crítica atendible a esta forma de proceder puede encontrarse en KRATZSCH (1987), pp. 225 y ss.: la utilización de un concepto de esta clase no permitiría distinguir legítima defensa y estado de necesidad (incluso agresivo) justificante. El uso de la fórmula genérica no pretende, sin embargo, servir de concepto de agresión, sino que sólo marca un elemento mínimo determinante de éste.

<sup>4</sup> SCHRÖDER (2000), pp. 235-239; KAUFMANN, (1974), pp. 400 y ss. FRISCH (1983), pp. 424 y ss. HERZBERG (1987), pp. 539 y ss. FREUND, (1998), pp. 65-68. En español CEREZO MIR (2005), p. 232. Más lejos MUÑOZ

juzga ella desde la perspectiva omnisciente de quien quiere averiguar el estado real de las cosas al momento de la agresión, esto es, *ex post*?<sup>5</sup>

La primera solución es problemática no sólo por confundir criterios objetivos y subjetivos<sup>6</sup> –los que son a su vez supuestamente “objetivados” a partir de la figura del tercero imparcial–, sino, ante todo, porque contra lo que ella asume, da lugar a una distribución injusta del riesgo de error. Lo que se juega ante todo en el problema de las agresiones aparentes no es la punibilidad del que actúa en legítima defensa putativa –sea como asunción de la existencia de una situación de legítima defensa *ex ante*, sea por aplicación de las reglas del error, el sujeto no va a ser castigado si era razonable asumir que la situación conducía a una apreciación equivocada– sino la posibilidad de que el agresor putativo reaccione en legítima defensa. Si la agresión aparente pero “objetivamente *ex ante* existente” cuenta ya como agresión para los efectos de la legítima defensa, el agresor putativo tiene por definición un deber de tolerancia casi sin límites si el agredido putativo actúa dentro del margen de necesidad objetivamente *ex ante* determinable. ¿No es eso acaso una distribución unilateral de riesgos?<sup>7</sup> Si, en cambio, uno lo trata correctamente como un problema de error en los presupuestos de la causa de justificación, el error implica ausencia de dolo y, dependiendo del caso, de imprudencia, por lo que sólo viene en consideración legítima defensa si el error es irrelevante o rayano en ello, y estado de necesidad defensivo si hay algún grado de imprudencia en el agredido putativo<sup>8</sup>.

CONDE y GARCÍA ARÁN (2010), p. 325. Crítica y con ulteriores referencias sobre esta postura en el derecho español, JIMÉNEZ DÍAZ (2007), pp. 129 y ss.

<sup>5</sup> Acertadamente SPENDEL en LK11 (2003) § 32 Nm. 29; ERB en MK (2011), § 32 Nm. 63; GÜNTHER en SK (2012), § 32 Nm. 22; FISCHER (2015), § 32 Nm. 4; MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER en (2013) § 32, Nm. 8; ROXIN (2006), § 15 Nm. 9; JAKOBS (1991), 11/9-11 en SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON (2014), § 32 Nm. 27; KINDEHÄUSER en NK (2013), § 32 Nm. 26; RÖNNAU y HOHN en LK (2006), § 32 Nm. 94; más lejos, KÜHL (2008), § 7 Nm. 21; EL MISMO (1993), p. 57, quien asume que la perspectiva en general correcta es la perspectiva *ex post*, pero deja abierta la calificación de la tentativa inidónea como agresión aparente. Entre nosotros acertadamente LUZÓN PEÑA (2006), p. 134; y NOVOA (2005), p. 338. Más lejos PALERMO (2006), pp. 265 y ss., quien, siguiendo a Jakobs, en principio defiende un criterio de determinación *ex post*, a menos que se haya “creado una situación de peligro aparente que *ex post* resulta imputable al agresor” (p. 268).

<sup>6</sup> Crítico BÖRGERS (2008), pp. 76 y ss.

<sup>7</sup> Similar KINDEHÄUSER en NK (2013), § 32 Nm. 27.

<sup>8</sup> Especialmente problemáticas son aquellas situaciones en que la determinación de la presencia de la agresión parece depender de aspectos subjetivos vinculados al agresor. Esto sucede, por ejemplo, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, en la determinación de si una agresión interrumpida puede considerarse todavía actual en relación a la posibilidad de que el agresor la retome. Lo determinante sería precisamente “la intención del agresor”. Así, por ejemplo, BGH en NStZ 2006, p. 153. ERB (2012), p. 194. El criterio del BGH es ciertamente correcto, pero ello no

La asunción de una perspectiva de juicio retrospectiva no obsta a que el caso discutido bajo la etiqueta de “agresión aparente” que más interesa en la práctica, el robo o extorsión sin intención de hacer uso de un arma o, sobre todo, con un arma falsa o descargada, sí constituya una agresión real. Como la determinación del desconocimiento de la libertad de acción mediante coacción debe tener lugar desde la perspectiva del resultado de coerción juzgado objetivamente –debe ser razonable asumir que el sujeto se sintió amenazado, imponiéndose una voluntad de acción u omisión ajena–, el error se incorpora en ese caso en el concepto de agresión<sup>9</sup>. En los casos de coacción ello tiene lugar, sin embargo, por vía indirecta, precisamente porque la coacción incorpora esa perspectiva en la determinación de la existencia de un delito. No se trata, de esta forma, de una excepción a la regla del juicio desde la perspectiva *ex post*, sino de una clase de delitos en que la apariencia tiene relevancia en sí<sup>10</sup>.

En principio, toda agresión, definida de esta forma, que pueda a su vez ser considerada como tal desde el punto de vista del agresor –esto es, toda puesta en peligro imputable, de acuerdo a las reglas respectivas– gatilla un derecho de defensa. Su ejercicio se encuentra, sin embargo, condicionado y limitado a la necesidad de la defensa típica. Esto quiere decir: el agredido sólo puede defenderse mediante la acción típica en cuestión de ser ésta idónea para repeler el ataque y tratarse de la menos lesiva de las formas de reacción defensivas de las que el agredido o el tercero podía hacer uso. El requisito de necesidad permite de esta forma unir las condiciones legítimas de reconocimiento de la agresión a partir de reglas de imputación con la legitimación de la reacción defensiva: precisamente porque el agresor era plenamente responsable de producir una situación en que el mantenimiento de la propia posición jurídica sólo era posible en una forma definida por él, es que el derecho permite el ejercicio de esa forma de defensa. Esta forma de argumentación parece derivarse de lo que hemos denominado una teoría de la legítima defensa, esto es, la idea de que ella es simplemente lo necesario para mantener el derecho. Pero ella, en realidad, depende a su vez de la imagen tradicional de la legítima defensa,

---

implica la asunción de un punto de vista *ex ante*, sino que puede manejarse mediante un concepto convincente de “intención”.

<sup>9</sup> Acertadamente ERB en MK cit. (2011), § 32 Nm. 64; MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER (2013), § 32 Nm. 8; ROXIN (2006), § 15 Nm. 9; KÜHL (2008), § 7 Nm. 22; MAURACH/ZIPF (1992), § 26 Nm. 56; RÖNNAU/HOHN en LK (2006), § 32 Nm. 94.

<sup>10</sup> Esto es precisamente lo que desconoce SCHMIDHÄUSER (1991), pp. 130 y s., al argumentar que en realidad se trata también de una agresión aparente, ya que la causación del resultado coactivo derivaría de un error.

esto es, de la idea de que se trata de la forma de repulsión necesaria frente a un acometimiento físico. El requisito de necesidad funciona bien y tiene potencial de rendimiento legitimatorio bajo esta situación ideal típica precisamente porque el acometimiento implica un cierto condicionamiento de las formas de reacción posible. Como veremos, esto no funciona en ciertas situaciones que se dejan englobar dentro de la teoría de la legítima defensa, pero que escapan a la fenomenología que le servía originalmente de sustento.

## 2.2. Delimitación general de bienes jurídicos cuya defensa mediante legítima defensa es procedente

Como habíamos anunciado, el fenómeno de desacoplamiento de la legítima defensa teórica de la fenomenología que le servía originalmente de sustento puede observarse, en primer lugar, en el tratamiento de aquello que puede ser resguardado por ésta. En tanto institución de defensa de autonomía formal, la legítima defensa sirve por definición a su protección. En la determinación de aquello que puede ser defendido se trata, de esta forma, de la determinación del *contenido* de la autonomía formal<sup>11</sup>. Sin embargo, como la autonomía formal se encuentra configurada simplemente por normas, la determinación de cuáles de entre la enorme cantidad de normas que conforman a un sistema jurídico constituyen este aspecto nuclear de la libertad otorgada por el derecho, pudiendo de esta forma imponerse el respeto de las obligaciones que emanen de ellas mediante violencia privada, no puede hacerse sin analizar el objeto de referencia de las normas. La determinación del ámbito de aplicación de la legítima defensa debe ser de esta forma efectuada, invirtiendo a Kelsen, no en relación a lo que protege sino en relación a lo protegido<sup>12</sup>. Se trata así de la determinación de los “bienes jurídicos” que pueden ser defendidos mediante legítima defensa<sup>13</sup>.

Al tratarse de la defensa de autonomía formal, el punto de partida en la determinación de los bienes jurídicos que pueden ser defendidos mediante legítima defensa, lo constituye la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos. Esto es correctamente tratado tanto en la literatura en alemán como en español. En tanto expresiones de autonomía formal individual, sólo vienen en consideración bienes jurídicos individuales y no así bienes

<sup>11</sup> Sobre el concepto de autonomía formal véase sólo WILENMANN (2014b), pp. 9 y ss.

<sup>12</sup> KELSEN (1987), p. 619.

<sup>13</sup> Una extensa enumeración de conceptos utilizados para describir el objeto de la defensa en la legítima defensa puede encontrarse en LUZÓN PEÑA (2006), pp. 319 s.

jurídicos colectivos<sup>14</sup>. Esto no sólo tiene lugar por razones teóricas ligadas al fundamento de la legítima defensa y al reconocimiento de espacios en los que sólo el Estado tiene –aquí de forma realmente privativa– facultades de ejercicio legítimo de violencia. El propio derecho vigente restringe el alcance de la legítima defensa al limitarla a la defensa de “su persona o sus derechos” o “la persona o los derechos de otro”<sup>15</sup>.

Sólo pueden ser defendidos, de esta forma, bienes jurídicos individuales. Contra lo que parece asumir la dogmática en general, al dedicarle no demasiadas líneas al problema de la determinación de los bienes jurídicos individuales defendibles señalando simplemente que “todo bien jurídico individual puede en principio ser defendido en legítima defensa”<sup>16</sup>, la determinación de qué bienes individuales pueden ser protegidos y en qué condiciones ello puede tener lugar es sólo a grandes rasgos sencilla: la vida, la salud corporal, la libertad de

---

<sup>14</sup> BGHSt 5, 245 (247); = en NJW 1954, 438 (*Sünderinfall*); BGH en NJW 1975, 1162; MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER, (2013), § 32 Nm. 13; El MISMO (2008), pp. 270 y ss.; ERB en MK (2011), § 32 Nm. 100; ROXIN (2006), § 15 Nm. 36 y ss.; RÖNNAU/HOHN en LK (2006), § 32 Nm. 79; SPENDEL en LK11 (2003) § 32 Nm. 164; SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON (2014), § 32 Nm. 8; KINDHÄUSER en NK (2013), § 32 Nm. 37; KÜHL (2014), § 32 Nm. 3; El MISMO (1993), p. 61; KARGL (1998), p. 56; KÖHLER (1997), p. 266; KRATZSCH (1968), p. 32; LUDWIG (1991), pp. 89 y ss.; FRISTER (2013), 16/6; GEILEN (1981), p. 205; BACIGALUPO (1999), § 51 Nm. 698; LUZÓN PEÑA (2012), 23/35; El MISMO (1996), pp. 596 y ss.; CEREZO MIR (2005), pp. 208 y ss.; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2010), p. 324; MIR PUIG (2011), 16/39; NOVOA (2005), p. 335; RODRÍGUEZ DEVEZA (1981), p. 538; SOLER (1992), p. 445. La opinión contraria que reconoce un derecho de legítima defensa en relación a bienes jurídicos colectivos parte, en general, de una concepción “supra-individualista” de la legítima defensa. Así, SCHMIDHÄUSER (1975), 9/91. Entre nosotros, con fundamentos menos claros, ZAFFARONI/SŁOKAR/ALAGIA (2002), pp. 617 y ss. En Chile también puede ser encontrada una opinión de acuerdo a la cual los bienes jurídicos colectivos pueden ser defendidos siempre que tengan un componente de afectación individual, como sucedería con la contaminación medioambiental. Así, GARRIDO MONTT (2003), p. 167; POLITOFF/MATUS/RÁMIREZ (2003), p. 29; COUSO en HERNÁNDEZ/COUSO (2011), pp. 211 y ss. Sin embargo, es difícil advertir qué bienes jurídicos colectivos no incorporarían un momento de esta clase. La exigencia debe ser, más bien, que la afectación que en un principio parece referirse sólo a un bien jurídico colectivo alcance el umbral de puesta en peligro concreta de un bien jurídico individual. Esto puede suceder, por ejemplo, con el manejo en estado de ebriedad desde el punto de vista del copiloto. Así, correctamente, SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON (2014), § 32 Nm. 9. También en contra de la limitación en el caso de bienes jurídicos colectivos CÓRDOBA RODA (2008), pp. 761, 763 y ss., haciendo referencia al cambio de redacción en el Código Penal Español de 1995 a “derechos propios o ajenos”.

<sup>15</sup> La redacción del Código Penal español de 1995 es ligeramente distinta, al incluir a la legítima defensa de terceros junto con la legítima defensa propia, y con ello hablar de obrar en “defensa de la persona o los derechos propios o ajenos” (artículo 20 número 4). En el derecho alemán, la misma conclusión puede obtenerse por la utilización de la expresión “repeler una agresión actual y antijurídica de sí o de otro” (§ 32 inciso segundo StGB).

<sup>16</sup> Acertadamente crítico de esta posición, con ulteriores referencias, MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER (2004) § 32 Nm. 11; El MISMO (2008), p. 267.

movimiento, la indemnidad sexual<sup>17</sup> y el poder de disposición de cosas sobre las que se tiene propiedad parecen encontrarse evidentemente amparados por legítima defensa<sup>18</sup>, aunque la fijación de los márgenes de defensa de estos bienes jurídicos nucleares requiere de cierto trabajo que no puede ser producido aquí, especialmente, en el caso de la propiedad y la posesión.

También se encuentran cubiertos por la legítima defensa aspectos de bienes jurídicos individuales que, si bien no se encuentran protegidos mediante normas de comportamiento subyacentes a tipos penales, constituyen derechos absolutos de exclusión. Este es el caso tanto de la propiedad sobre una cosa como derecho de exclusión en el uso, como de la posesión en tanto reconocimiento de una situación que permite excluir en el acceso a la cosa. Así, pese a la no punibilidad del *furtum usus* (con la excepción eventual del hurto de uso de automóviles), se admite de forma absolutamente dominante la procedencia de legítima defensa frente a una agresión cuyo objeto sea privar temporalmente del uso de la cosa propia. Algo similar sucede con los casos de entrada en un terreno bajo posesión ajena no constitutivos de allanamiento de morada<sup>19</sup>. El derecho español, en cambio, limita la procedencia de la defensa de los bienes a agresiones que sean constitutivas de delito o falta en el artículo 20 número 4 del Código Penal, con lo que no hay defensa frente al hurto de uso o a la entrada en un inmueble ajeno no constitutivo de allanamiento de morada.

Problemática es la determinación, en cambio, de la posibilidad y de las condiciones en que otros bienes jurídicos o manifestaciones más débiles ligadas a algunos de éstos pueden ser protegidos. Teniendo en cuenta que la legítima defensa define el núcleo de autonomía formalmente garantizada por el ordenamiento jurídico, su tratamiento es especialmente relevante<sup>20</sup>. En la fijación de los márgenes bajo los cuales pueden ser defendidos los bienes jurídicos no se trata sólo de determinar ideológicamente los aspectos centrales a la autonomía formal garantizada por el derecho moderno, sino también –y seguramente ante todo– los límites del monopolio de la violencia legítima del Estado moderno<sup>21</sup>. En una dogmática comprometida con el derecho positivo,

<sup>17</sup> En los cuatro primeros casos la cuestión es tan clara que incluso los antiguos defensores del criterio del acometimiento contra la persona del agredido. Por todos CUELLO CALÓN (1947), pp. 342 y ss.

<sup>18</sup> Esto es, sin embargo, sólo fruto de un desarrollo consolidado recién en el siglo XVIII. Sobre la disputa en el derecho común respecto a la legítima defensa de la propiedad, véase SCHAFFSTEIN (1973), pp. 68 y ss.

<sup>19</sup> BAYOLG en NJW 1965, 163.

<sup>20</sup> Así también JAKOBS (2015), p. 13, nota 33.

<sup>21</sup> Acertadamente ARZT (1975), pp. 77 y ss.; LAGODNY (1991), pp. 300 y ss. Sobre el problema de los derechos de autotutela y el monopolio de la fuerza del Estado, W. SCHÜNEMANN (1985), pp. 1 y ss.

el trazado de distinciones entre bienes jurídicos individuales que no constituyen el núcleo de la libertad otorgada por el derecho y otros bienes que sí lo hacen es especialmente problemática, ya que las definiciones actuales de la legítima defensa contenidas en los códigos penales que vienen aquí en consideración no hacen distinciones explícitas. El reconocimiento de los bienes jurídicos que pueden ser resguardados debe poder justificarse, sin embargo, en aspectos propiamente jurídicos y no puramente ideológicos.

Pese a la relevancia del problema, hasta donde alcanzo a ver no hay en la literatura penal intentos de sistematización general de las condiciones de reconocimiento de bienes jurídicos cuya amenaza pueda ser constitutiva de agresión<sup>22</sup>. La dogmática penal alemana ciertamente es consciente de aquello que se juega en este punto –fijación de las formas de ejercicio de la legítima defensa y de los límites del monopolio de la fuerza del Estado–, pero el tratamiento de los límites de la legítima defensa en relación a los bienes protegidos tiende a fragmentarse en consideraciones que no sólo se encuentran en los pasajes que tematizan directamente a éstos, sino ante todo al abordar la pregunta por las condiciones en que procede legítima defensa frente a omisiones, en la discusión sobre la existencia de agresiones permanentes<sup>23</sup>, y en el requisito, no siempre correctamente tratado, de “subsidiariedad”<sup>24</sup> de la legítima defensa. Esto ciertamente no es casual: es precisamente el desarrollo de la dogmática de la omisión y su integración en la dogmática de la legítima defensa aquello que ha causado una reestructuración radical de las facultades de uso de violencia privada<sup>25</sup>. Pero dada la interacción estrecha que se presenta entre las variaciones en el ámbito de lo que puede ser protegido en legítima defensa y la forma en que puede gatillarse, en general, una agresión,

---

<sup>22</sup> El reconocimiento probablemente más agudo del problema corresponde a ARZT (1975), pp. 80 y ss.; y, más recientemente LAGODNY (1991), pp. 300 y ss., quien precisamente por la complejidad del problema renuncia a trazar toda distinción en los intereses jurídicamente que pueden ser protegidos mediante legítima defensa, determinando, en cambio, las condiciones abstractas de procedencia de la defensa a partir de puras consideraciones de “subsidiariedad”. Similar BAUMANN/WEBER/MITSCH (2003), § 17 Nm. 6.

<sup>23</sup> Ejemplar KRATZCH (1987), pp. 228 y ss.

<sup>24</sup> En la literatura en español, los conceptos de “necesidad” o “necesariedad”, “proporcionalidad”, “racionalidad” y “subsidiariedad” de la defensa tienden a ser usados de una forma que cambia de exposición en exposición. De esta forma, el concepto de “subsidiariedad” designa a veces lo que en alemán se entiende como “necesidad” (*Erforderlichkeit*) y otras veces sólo una parte de ésta. Para estos efectos, en este trabajo se sigue la nomenclatura más precisa de la literatura alemana. En este contexto, “subsidiariedad” designa la relación entre el ejercicio de violencia privada en defensa de bienes jurídicos protegidos y la coacción estatal. Véase a este respecto PELZ (1995), pp. 305 y ss.

<sup>25</sup> ARZT (1975), p. 81; HELLMANN (1987), pp. 118 y ss.

el puro tratamiento en uno u otro lado es insuficiente. En la dogmática penal en español, en cambio, la cuestión es todavía más pobemente tratada<sup>26</sup>.

Esta falta de tratamiento general del contenido de la autonomía formal desde el punto de vista de la dogmática de la legítima defensa parece derivarse de la supervivencia tácita, mucho más marcada en el mundo hispanoparlante, de la creencia en que la fenomenología de la agresión fija de forma suficiente el ámbito en que los bienes jurídicos son defendibles<sup>27</sup>, por lo que uno podría concentrarse inmediatamente en el análisis conceptual de las calidades que debe reunir una puesta en peligro de un bien jurídico sin tematizar antes la cuestión desde el punto de vista de lo que defiende el agredido. Esto tiene ciertamente un origen histórico<sup>28</sup>. La codificación temprana tendió a tratar la legítima defensa precisamente en relación con agresiones a la vida o a la salud corporal, como sucedía ya en el Código Penal francés de 1810. En el caso español, la dependencia de la idea de agresión de afectaciones físicas al agredido se manifestó por largo tiempo bajo la idea de que ya semánticamente ésta requeriría un “acometimiento violento”<sup>29</sup>. Como veremos, pese a su completa insuficiencia, la muy criticada y asistemática asunción hispana encierra cierta sabiduría: ella puede ser interpretada como resistencia (tal vez inconsciente) frente a la pretensión de superación de la limitación fenomenológica por la primacía de la teoría<sup>30</sup>. Sin embargo, desde el momento en que los sistemas jurídicos asumieron la posibilidad de defender bienes jurídicos distintos de la vida y de la salud corporal<sup>31</sup> –ontológicamente ligados a la corporalidad del agredido–, la fenomenología de la agresión es crecientemente insuficiente para solucionar los problemas que se plantean

<sup>26</sup> Una pequeña lista de bienes jurídicos cuya protección por medio de legítima defensa ha sido reconocida por la jurisprudencia española puede encontrarse en CÓRDOBA RODA (2008), pp. 763 y ss.

<sup>27</sup> Así acertadamente ARZT (1975), p. 81.

<sup>28</sup> Acertadamente ARZT (1975), p. 80 y ss., de acuerdo a quien parte del problema de la subsidiariedad se origina a partir del desarrollo de la dogmática de la omisión. Siguiéndolo W. SCHÜNEMANN (1985), p. 44; y LAGODNY (1991), p. 304, por referencia al problema de la legítima defensa frente a omisiones. Sobre la evolución de la legítima defensa, véase v. HIPPEL (1971), pp. 202 y ss.

<sup>29</sup> En vez de muchos CUELLO CALÓN (1947), pp. 347 y ss. Sobre las críticas, véase sólo, con numerosas referencias, LUZÓN PEÑA (2006), pp. 115 y ss.; y CEREZO MIR (2005), pp. 215 y ss. Una crítica formulada desde las limitaciones que ello implica para la defensa de mujeres, es efectuada por LARRAURI (2008), pp. 57 y ss.

<sup>30</sup> Exactamente la misma (insuficiente) sabiduría se encuentra detrás de propuestas de limitar el concepto de agresión a puestas en peligro que produzcan necesidad de actuar inmediatamente Así, por ejemplo, KRATZSCH (1987), pp. 228 y ss.

<sup>31</sup> Sobre el origen de la legítima defensa post-romana, véase IGLESIAS RÍO (1999), pp. 78 y ss. y 90 y ss. (por referencia al derecho común). Sobre las modificaciones al momento de la codificación, pp. 120 y ss.

a este respecto<sup>32</sup>. La resistencia que manifestaba la idea de acometimiento ciertamente tenía, de esta forma, una sabiduría que le servía de sustento, pero se encontraba destinada al fracaso.

El desarrollo de criterios generales de reconocimiento de los bienes jurídicos que pueden ser defendidos en legítima defensa puede partir de este hallazgo. Las dificultades que surgen respecto de esta cuestión se originan en la brecha que existe entre una institución que inicialmente dependía de una relación física expresada bajo el concepto de “agresión” y una tendencia, ciertamente correcta desde una reconstrucción berneriana de la legítima defensa, a descorporalizar la posición del agredido al admitir la defensa de bienes que van más allá de vida, salud, libertad de movimiento e indemnidad sexual, y formas de interacción entre agresor y agredido que no pueden ser subsumidas bajo el modelo de la agresión activa y defensa reactiva para evitar el resultado de esa acción<sup>33</sup>. En los hechos, es de esta forma posible observar un proceso lógico<sup>34</sup> de alejamiento de la corporalidad al examinar en general los bienes jurídicos defendibles: en la vida y la salud corporal, los casos en que la codificación temprana se centraba en la regulación de la legítima defensa, la agresión necesita tener lugar en el cuerpo del agredido, con lo que la fenomenología debiera ser suficiente para tratar la cuestión. Tanto la indemnidad sexual como la libertad de movimiento admiten que haya, en

<sup>32</sup> Implícitamente reconocido entre nosotros por RODRÍGUEZ DEVESÁ (1981): “Ciertamente que cuando éste [el bien jurídico JW] sea la vida o la integridad corporal [la agresión JW] revestirá la forma de la violencia física, pero ésta no será la que adopte una lesión del honor, una amenazadora revelación de secretos, o un allanamiento de morada”. Todavía más claro, utilizando al menos una semántica crítica del proceso, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (1991), p. 386 (“relativización”): “La exigencia de un acto de fuerza material procedente de la configuración histórica de la legítima defensa como una eximente que había de operar sólo en el ámbito de una cierta clase de delitos y aplicarse exclusivamente allí donde se pusieran en peligro determinados bienes (...), se desvanece en virtud del proceso de universalización legislativa de la legítima defensa, desarrollado progresivamente por la actividad jurisprudencial: desde el momento en que llega a admitirse la posibilidad de legítima defensa en los ataques contra el honor, la pretensión de limitar las agresiones ilegítimas a los actos de fuerza materia cae por su base”. También, con mayor precisión analítica y referencias a la evolución de la jurisprudencia del TS español, MIR PUIG (2011), pp. 16-43 y ss.

<sup>33</sup> Que ambos problemas se encuentran conectados puede ser demostrado por el hecho de que en la dogmática de la legítima defensa tendía a negarse la posibilidad de exigir el cumplimiento de obligaciones contractuales mediante su ejercicio precisamente a partir del argumento de que la legítima defensa no procede frente a omisiones. Al abrirse esa válvula por causa del desarrollo de la dogmática de la omisión, la presión se trasladó al otro lado, a saber, a los bienes jurídicos que pueden ser defendidos mediante legítima defensa. Así, con ulteriores referencias, ARZT (1987), pp. 80 y ss.; y LAGODNY (1911), pp. 304-306.

<sup>34</sup> El adjetivo “lógico” es utilizado aquí simplemente para dar cuenta que el proceso no es propiamente histórico; el descenso desde una comprensión completamente “física” de la agresión hacia una comprensión cada vez más desligada de ese origen físico es sólo conceptual.

cambio, separación material entre el agredido y la fuente de la agresión. En el caso de la indemnidad sexual, esto es especialmente claro en formas hoy en día reconocidas de agresión a distancia respecto de menores (*grooming*). Pese a ello, los bienes jurídicos afectados se mantienen siempre ligados a la posición espacial del agredido. Ello hace también innecesaria una preocupación especial con los criterios de reconocimiento de una agresión.

La expansión<sup>35</sup> de la agresión alcanza relevancia, en cambio, tanto respecto de bienes jurídicos personalísimos que pueden ser afectados a distancia de su titular, como sobre todo respecto de bienes jurídicos patrimoniales. En el primer caso, si bien tanto la intimidad como el honor tienen una conexión funcional con la percepción de su titular, su afectación –materializada formalmente en criterios de consumación que no dependen de la percepción real del afectado– puede tener lugar no sólo a distancia de éstos, sino que incluso sin conocimiento de ellos.

Allí donde la cuestión deviene evidentemente crítica, sin embargo, es respecto de derechos que por definición no tienen vínculo corporal inmediato con su titular. Este es parcialmente el caso de la propiedad. En tanto derecho sobre una cosa, se trata ciertamente de una relación jurídica que siempre se especifica en un objeto real, pese a que ese objeto no tiene por qué mantenerse cerca del cuerpo del titular para que el derecho exista. Así, mientras la posesión necesita de una cierta relación personal con el poseedor, la propiedad existe con casi completa independencia de la relación corporal con el dueño, esto es, a menos que otro la adquiera por usucapión precisamente por causa del establecimiento de una relación corporal duradera con la cosa. La propiedad es así un derecho que se puede tener a distancia porque la cosa puede separarse todo lo que sea físicamente posible de su titular, lo que hace que el lugar en que se produce la agresión no dependa en abstracto de la posición espacial del titular (esto es, del agredido), sino de la cosa. De esta forma, como el derecho de propiedad puede conservarse pese a la separación de la cosa del titular, lo que tiene lugar en todo delito de apropiación, la determinación de las condiciones de procedencia de la defensa deviene crítica; ella amenaza más intensamente al monopolio de la fuerza del Estado.

Por último, tratándose de derechos patrimoniales que no se tienen sobre cosas, el cambio en la fenomenología de la agresión es total. No sólo hay alejamiento espacio-temporal entre agresión y cuerpo del agredido, como sucede

<sup>35</sup> Uno puede llamar a este proceso, a su vez, pérdida de conexión espacio-temporal de la legítima defensa. No es casual que precisamente los casos que preocupan digan relación con agresiones permanentes (omisivas o no) y con la desaparición del cuerpo de la agresión como algo que debe ser resistido. Así, en el fondo, intentando mantener un requisito de conexión espacial en la legítima defensa SPENDEL en *LK11*, § 32 Nm. 113.

ya con la propiedad, sino que la afectación de los derechos de éste no necesita tener entidad material del todo. La procedencia de derechos de defensa de derechos personales –la defensa del “patrimonio” en lo que no se encuentre constituido por derechos reales– parece por ello ser en general inaceptable para el derecho<sup>36</sup>, por lo que la fijación de criterios de demarcación precisa de las condiciones de procedencia de la defensa de bienes jurídicos patrimoniales es institucionalmente determinante. Y esos criterios deben conducir a un resultado que al menos parcialmente se encuentra predeterminado: la legítima defensa no puede extenderse a la facultad de imponer el cumplimiento de obligaciones contractuales.

La necesidad de excluir al menos la mayor parte de las obligaciones contractuales como bienes jurídicos protegidos es el germen de verdad que se encuentra detrás de la imprecisa pero tradicional regla<sup>37</sup>, defendida recientemente por Renzikowski y Engländer, de que el criterio que permite definir con precisión los bienes jurídicos individuales defendibles en legítima defensa es su carácter de “absolutos”, esto es, debe tratarse de derechos a los que corresponda un sujeto pasivo universal<sup>38</sup>. La formulación tal vez más sofisticada de esta idea puede encontrarse en el comentario al § 32 StGB de Spendel de las ediciones 10 y 11 del *Leipziger Kommentar*. De acuerdo a Spendel, la legítima defensa sirve a la protección de pretensiones de defensa de un *statu quo* absoluto jurídicamente debido; ella se encuentra excluida, en cambio, tratándose de pretensiones de imposición de un derecho<sup>39</sup>. Esto tendría un reflejo en la distinción entre derechos absolutos y relativos: los derechos relativos serían aquellos a los que se encuentra aparejada una pretensión de cambio en un estado de cosas. Institucionalmente considerado, las pretensiones de imposición del cumplimiento de obligaciones que fenoménicamente implican un cambio de un estado de cosas debiera ser efectuada por medio de acciones judiciales. En situaciones de necesidad, el recurso a la justicia sería inidóneo, en cambio, para proteger el *statu quo* jurídicamente debido.

La elegancia de la argumentación de Spendel se encuentra ciertamente por encima de los intentos que uno puede reconocer en buena parte del resto de la literatura por lograr trazar criterios razonables de delimitación de la legítima

<sup>36</sup> Véase sólo LAGODNY (1991), p. 307.

<sup>37</sup> Ulteriores referencias pueden encontrarse en LAGODNY (1991), pp. 307-309.

<sup>38</sup> Así RENZIKOWSKI (1994), p. 226; MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER (2013), § 32 Nm. 11; EL MISMO, (2008), pp. 268 y ss.

<sup>39</sup> SPENDEL en *LK11* (2003), § 32 Nm. 48 s.; 190 y ss. Similar, aunque con ampliación a equivalentes funcionales, JAKOBS (1986), pp. 799 y ss. Esta es, además, la forma en que la dogmática civil alemana tiende a relacionar legítima defensa y autotutela lícita. Al respecto véase sólo THIEL (2000), pp. 155 y ss.

defensa. Pero ella es imprecisa. Uno puede considerar correcta sólo a grandes rasgos la pretensión de exclusión de derechos personales que se encuentra detrás del criterio del carácter “absoluto” que debe tener la posición jurídica protegida. Postulada como regla, ella es simplemente falsa por dos razones distintas.

En primer lugar, el criterio de los derechos absolutos no sirve para marcar la diferencia pretendida por Spendel. No hay nada que impida configurar contractualmente una obligación que consista precisamente en no hacer variar un *statu quo*. Este es el caso, en el fondo, de toda obligación de no hacer. En muchos casos, por otra parte, una parte puede tener una pretensión jurídica derivada tanto de un derecho absoluto (real) como de un derecho relativo (personal). El dueño de una cosa dada en comodato o arrendamiento tiene tanto un derecho personal contra el tenedor de la cosa para obtener la restitución una vez que se cumple el plazo o condición para su restitución, como un derecho de restitución derivado de su derecho real de propiedad, por lo que su posición no se deja calificar con claridad como una posición absoluta o relativamente garantizada<sup>40</sup>. Uno puede intentar responder a esto señalando que en este caso la posición debe juzgarse conforme a las reglas que constituyen la relación personal, y que por ello se excluye la legítima defensa<sup>41</sup>. Pero lo que muestra el caso, y en general las facultades de persecución de restitución que tiene el dueño, es precisamente que también una pretensión derivada de un derecho absoluto puede tomar la forma de una “persecución del cumplimiento de una obligación”. Esto se ve de forma mucho más clara al analizar los derechos de imposición del respeto de la propiedad que tiene el dueño. Frente a un poseedor, la posición del dueño se encuentra protegida por un derecho absoluto, la propiedad o dominio. Pese a ello, éste no tiene un derecho de imposición violenta del respeto de la propiedad, en el sentido de poder recuperarla mediante fuerza<sup>42</sup>. Engländer intenta responder a esta crítica sosteniendo que la exclusión de la legítima defensa en casos de esta especie es una consecuencia de la “subsidiariedad” de la legítima defensa<sup>43</sup>. Esto es ciertamente correcto, pero ello tiene lugar precisamente porque lo que se juega en la fijación de bienes jurídicos que pueden ser defendidos mediante legítima defensa y en el tratamiento de las condiciones en que

<sup>40</sup> W. SCHÜNEMANN (1985), pp. 45 y ss.; LESCH (2005), pp. 93 y ss.; LAGODNY (1991), pp. 307 y ss.

<sup>41</sup> Así RENZIKOWSKI (1994), p. 228. Más preciso el propio SPENDEL en *LK11* (2003), § 32 Nm. 49: el arrendatario permanece en condición de poseedor de la cosa, con lo que se enfrenta su derecho a la legítima defensa al derecho más débil del arrendador. Esto sólo muestra, sin embargo, la debilidad del criterio de distinción entre derechos absolutos y relativos.

<sup>42</sup> Acertadamente LAGODNY (1991), p. 307. En el derecho chileno, el artículo 928 del Código Civil muestra con claridad la exclusión de las facultades de recuperación violenta de la posesión.

<sup>43</sup> ENGLÄNDER (2008), p. 269.

pueden ser defendidos es la subsidiariedad. Precisamente por ello, uno puede siempre decir que también en el caso de los derechos personales la exclusión de la legítima defensa se explica en el estadio de “subsidiariedad”. Es decir, si uno concede, como Engländer, que la subsidiariedad se juega exclusivamente en la determinación de la corrección de la acción de defensa y que no influye en la determinación de la situación de legítima defensa, entonces sólo puede concluirse que la exclusión de la imposición de derechos personales tiene lugar en el marco de la determinación de la corrección de la acción llevada a cabo.

El criterio de los derechos absolutos parece, además, inverosímil en su pretensión de excluir por completo a los derechos personales de la autonomía formal por constituir sólo los derechos absolutos aquello que “sirve al libre desarrollo y constituye la personalidad jurídica de la persona”<sup>44</sup>. En los hechos, esto es falso respecto de la composición del patrimonio<sup>45</sup>. La riqueza se encuentra crecientemente constituida por derechos personales y no por derechos reales, estando además sujeta a un creciente proceso de desmaterialización. En un mundo en que buena parte de nuestro ámbito patrimonial de libertad depende de derechos personales, la exclusión sin más de derechos patrimoniales que no sean reales del núcleo de la libertad reconocida por el derecho parece ser contraintuitiva. Las argumentaciones desarrolladas para defender la utilidad del criterio del “derecho absoluto” tienden a concentrarse en comparaciones con relaciones contractuales esporádicas, sin realizar el ámbito en que otros derechos personales inciden sobre la conformación del patrimonio. Por supuesto, nada de esto habla en contra de la máxima *general* de que la imposición de derechos personales mediante el uso de la fuerza privada se encuentra en general prohibida por el derecho. La existencia de tipos de imposición arbitraria del propio derecho –artículos 494 número 20 del Código Penal chileno y 455 del Código Penal español– demuestra que esa máxima tiene un cierto ámbito de validez. En el mantenimiento de este principio general se juega efectivamente el monopolio de la imposición coactiva del derecho por parte del Estado. Pero puede ser que existan ámbitos en que el respeto de posiciones constituidas formalmente por derechos personales pueda ser incluso impuesta por la fuerza. Esto sólo puede hacerse, sin embargo, estableciendo criterios más finos de determinación de las condiciones de procedencia de legítima defensa en la protección del patrimonio.

En este contexto, no puedo producir un análisis acabado del tratamiento dogmático que debe hacerse de la agresión en todos estos bienes jurídicos a los que se ha expandido. Mi pretensión es más bien advertir sobre la necesidad de

<sup>44</sup> RENZIKOWSKI (1994), p. 226.

<sup>45</sup> Similar, en relación a la fijación de la extensión del tipo de coacción, GUTMANN (2001), pp. 285 y ss.

fineza dogmática que manifiesta el tratamiento del concepto de agresión en su estado actual, el que desligado de la fenomenología contenedora del acometimiento físico, sólo puede ser controlado por vía de tratamiento individualizado. Ese tratamiento individualizado es necesario por al menos tres factores.

En primer lugar, la creciente apertura a la defensa de bienes jurídicos más allá de vida y salud implica un aumento proporcional de situaciones, formalmente calificables como agresión, en que la amenaza de lesión es especialmente poco intensa. Si bien ciertamente conceptos tales como “desproporción extrema” o “agresiones de bagatela” también tienen relevancia tratándose de los bienes jurídicos que conforman el núcleo de la legítima defensa, es crucial tener conciencia de la aplicabilidad de estos criterios una vez que la institución se expande.

El segundo factor es más relevante. La expansión de la agresión, dada por el desacoplamiento de la imagen del acometimiento, ha implicado aumento en la variedad fenomenológica de las formas de agresión. No es casual que precisamente por ello el tratamiento de la legítima defensa frente a omisiones haya ganado en relevancia. Por cierto, el problema de la defensa frente a omisiones se extiende, a su vez, a los bienes jurídicos tradicionalmente relacionados con la legítima defensa –vida y salud–, pero en bienes jurídicos corporalmente ligados al agredido, se trata propiamente de una extensión de una forma de interacción que en la mayor parte de los casos tiene la forma de un acometimiento físico. La defensa de otros bienes jurídicos necesita, en cambio, progresivamente de formas de defensa distintas de la repulsión del acometimiento activo. Así, por ejemplo, en el caso de las agresiones al honor, cuando ellas son proferidas por escrito y por medios de difusión masiva, muy probablemente la pura “repulsión” no es posible. Algo similar sucede con la difusión de imágenes como atentado contra la privacidad. Tratándose del derecho de cosas, la defensa consiste ante todo ante todo en la recuperación de la cosa, a cuyo respecto la colaboración del agresor puede ser necesaria. Y donde la cuestión es evidentemente dependiente de prestaciones del agresor es en el ámbito de derechos patrimoniales. El cumplimiento de obligaciones personales exige, en general, de una acción del deudor. A diferencia del caso de la propiedad, la variedad de clases de acciones que pueden ser necesarias por parte del deudor es mucho mayor.

Este crecimiento en la variedad de las formas en las que deben hacerse valer los propios derechos conecta con el tercer factor. Mientras más variadas sean las formas de acción necesarias para hacer respetar el propio derecho, más directamente se juega el monopolio de la administración de justicia en el manejo de la coacción legítima orientada a hacer respetar el derecho. Por supuesto, *todos* los casos de legítima defensa pueden ser construidos como excepciones al monopolio de la fuerza del Estado. Ese es el sentido en que puede decirse que ella siempre es “subsidiaria” frente a éste. Pero la cuestión es institucionalmente

mucho más delicada cuando se trata de exigir prestaciones que cuando se rechaza un acometimiento físico. Por ello, en el proceso de descorporalización de la idea de agresión se juega progresivamente la subsidiariedad de la fuerza privada.

### 3. La defensa frente a omisiones

#### 3.1. Introducción: sobre el reconocimiento del concepto de agresión omisiva

El segundo punto en el que la tensión entre la teoría de la legítima defensa y la imagen histórica ligada a ésta se manifiesta, es la pregunta por el reconocimiento de agresiones omisivas. Pese a que se asuma con relativa generalidad que la situación fenomenológica a la que se adapta de mejor forma la idea de legítima defensa sea una agresión activa, ésta también es considerada casi unánimemente aplicable frente a las denominadas “agresiones mediante omisión” en la literatura actual<sup>46</sup>. Como hemos visto, sin embargo, a propósito de las dificultades ligadas al reconocimiento de los bienes jurídicos que pueden

<sup>46</sup> Las descripciones más completas del estado de la cuestión pueden ser encontradas en SCHUMANN (2012), pp. 287 y ss.; y STAHL (2015), pp. 53 y ss. Sobre la historia del establecimiento de esta categoría dogmática, véase STAHL (2015), pp. 35 y ss. En la literatura alemana, la opinión que acepta su procedencia es ampliamente dominante, aunque no completamente unánime. Así ARZT (1975), pp. 81 y s.; BÖRGERS (2005), pp. 107 y s.; ERB en MK (2011), § 32 Nm. 65-71; LAGODNY (1991), pp. 301 y ss.; HELLMANN (1987), p. 119; FISCHER (2015), § 32 Nm. 5; FRISTER (2013), 16/10; GEILEN (1981), pp. 200 s.; GROPP (2001), § 6B Nm. 68; GÜNTHER en SK (2012), § 32 Nm. 30s.; HEINRICH (2012), Nm. 343; HERZBERG (1972), pp. 285 y s.; HERZOG en NK3, § 32, Nm. 11; JOECKS (2009), § 32 Nm. 7; KINDHÄUSER en NK (2013), § 32 Nm. 33-35; EL MISMO (2013), § 32 Nm. 13; EL MISMO (2011), § 16 Nm. 9; SPENDEL en LK11 (2003), § 32 Nm. 46 y ss.; RÖNNAU/HOHN en LK (2006), § 32 Nm. 101s.; en SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER/ROSENAU (2009), § 32 Nm. 6; ROXIN (2006), § 15 Nm. 11; BAUMANN/WEBER/MITSCH (2003), § 17 Nm. 6; KÜHL (2014), § 32 Nm. 2; EL MISMO (1993), p. 59; JAKOBS (1991), 12/21; JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 339; JOERDEN (1992), pp. 27 y s. (aunque considerando que la aplicación de la legítima defensa frente a omisiones constituye una “solución de emergencia”); KREY/ESSER (2012), § 14 Nm. 476; MERKEL (2007), 388 nota 40; HRUSCHKA (1979a), p. 393; EL MISMO (1977), p. 201; MAURACH/ZIPF (1992), § 26 Nm. 9; MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER (2013), § 32 Nm. 10; MURMANN (2011), § 25 Nm. 78; RENGIER (2012), § 15-17; RUDOLPHI/STEIN, Ulrich, en SK (2012) Vor § 13, Nm. 41; STAHL (2015), pp. 53 y ss.; SCHMIDHÄUSER (1975), 9/92; STRATENWERTH (1956), pp. 61 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN (2011), § 9 Nm. 65; WAGENLÄNDER (2006), pp. 116 y ss.; WELP (1968), p. 336; RENZIKOWSKI (1994), pp. 289-295; WESSEL/BEULKE/SATZGER (2014), § 8 Nm. 326. En español: LUZÓN PEÑA (200), pp. 142 y ss.; EL MISMO (2012), 23/14; EL MISMO (1996), p. 590; BACIGALUPO (1999), Nm. 696; BUSTOS (1984), p. 234; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2002), p. 620; ETACHEBERRY (1997), p. 253; NOVOA (2005), p. 337; POLITOFF/MATUS/RÁMIREZ (2003), p. 216; RUSCONI (1996), p. 17; SOLER (1992), p. 447; JIMÉNEZ DÍAZ (2007), pp. 11 y s.; BALDÓ LAVILLA (1994), pp. 272-276; PALERMO (2008), pp. 275 y ss. (limitado, en los dos últimos casos, a posiciones de garante derivadas de “derechos negativos”). Críticos de la construcción VOGEL (1993), p. 112; SCHUMANN (2012), pp. 287-289. En español, CEREZO MIR (2005), pp. 212 y ss.; GARRIDO MONTT (2003), p. 130. En general, sin embargo, se tiende a aceptar que precisamente el caso más relevante –la coacción a la realización de una acción necesaria para el término de un estado lesivo o peligroso para un bien jurídico– no es punible por atipicidad de la coacción no reprochable en los términos del § 240 inciso segundo. Así, por ejemplo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON (2014), § 32 Nm. 11.

ser protegidos en legítima defensa, la apertura del concepto de agresión a la agresión omisiva crea problemas específicos sumamente difíciles de solucionar<sup>47</sup>. Estas dificultades son de tres clases: problemas ligados a la fundamentación del reconocimiento de agresiones omisivas; problemas dogmáticos ligados a la descripción de su estructura, y problemas de tratamiento de la acción en legítima defensa.

El primer problema puede ser descrito por referencia a la fundamentación general de la legítima defensa. Considerado desde un punto de vista sustantivo, la legítima defensa es la forma de realización privada de obligaciones generales de respeto de normas que constituyen lo que puede ser denominado derechos subjetivos del individuo. En principio, los derechos subjetivos que conforman el núcleo de autonomía garantizado por el derecho parecen encontrarse, sin embargo, constituidos por prohibiciones. Como la legítima defensa se funda en la puesta en peligro derivada del desconocimiento de las normas que constituyen a los derechos subjetivos, la constitución general de éstos por prohibiciones parece llevar a la exclusión de un concepto analíticamente defendible de agresión omisiva: si la agresión es una forma de designación de desconocimiento peligroso de derechos subjetivos, y los derechos subjetivos se encuentran constituidos por prohibiciones, del axioma analítico de que las prohibiciones sólo pueden ser incumplidas mediante comportamientos activos parece derivarse la conclusión de que la legítima defensa sólo podría proceder contra comportamientos activos.

El lenguaje de teoría de las normas utilizado para exponer el problema de fundamentación ciertamente esconde, en parte, la naturaleza principalmente sustantiva del problema. Pero ello puede ser explicado fácilmente: si de lo que se trata en la legítima defensa es de la protección de autonomía formal, cuyo contenido parece ser más bien negativo, la idea misma de una agresión omisiva es en algunos casos contra-intuitiva. Si la vida se protege mediante el establecimiento de prohibiciones de homicidio y ese derecho subjetivo a la vida es aquello que puede resguardarse mediante legítima defensa, ¿qué justifica la extensión a la imposición de obligaciones de resguardar la vida de otro?

Por otra parte, dada la complejidad que tiene la imputación de la puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, incluso, cuando se trata de afectaciones activas simples, la ampliación del concepto de agresión a agresiones omisivas requiere de una reconstrucción de su estructura. Esto tiene relevancia vinculada además a la demarcación entre legítima defensa y estado de necesidad defensivo:

<sup>47</sup> Fundamental en la identificación contemporánea de los problemas ligados a la legítima defensa frente a omisiones, SCHUMANN (2012), pp. 294 y ss.

como éste es indudablemente aplicable incluso a omisiones ni siquiera constitutivas de acción en sentido técnico<sup>48</sup>, la precisión en el tratamiento de la estructura de reconocimiento de la agresión omisiva tiene relevancia sistemática.

En tercer lugar, la idea de agresión omisiva produce dificultades ligadas a la determinación de las acciones de defensa que pueden llevarse a cabo en legítima defensa. Esto puede ser considerado una parte –crucial– de las dificultades ligadas al alejamiento progresivo de la teoría de la legítima defensa de la fenomenología que la sustentaba. En los casos en que el permiso de realización de acciones típicas es utilizado para obligar al “agresor” a llevar a cabo una acción, el permiso pierde parte de los márgenes reconocidos a propósito de una institución limitada sólo por el principio de necesidad: necesario puede ser simplemente todo aquello que sirve para derribar la voluntad de resistencia del agresor. Como aquí el problema depende de lo que se exige del agresor para terminar con la agresión, el concepto de “agresión omisiva” ligado a este tercer problema no coincide por completo con el concepto de agresión omisiva ligado a los dos primeros problemas. Esto es algo que no parece haber sido detectado claramente por la dogmática penal<sup>49</sup>, pero que ha salido a relucir con toda claridad a propósito de la pregunta por la justificación de la tortura en legítima defensa: incluso en casos en que claramente hay una agresión como puesta en peligro activa de bienes jurídicos protegidos (por ejemplo: privación de libertad)<sup>50</sup>, aquello que puede necesitarse del agresor no es la interrupción de una interacción corporal directa determinada, sino entregar información o liberar al afectado de la privación de libertad, el que puede mantenerse lejos de su posición corporal. De esta forma, la agresión no necesita ser omisiva en relación con la forma de vulneración de los derechos del afectado para que sea omisiva en relación a la forma en que debe cesar esa vulneración de derechos. Uno puede, de esta forma, distinguir una agresión omisiva en sentido estricto, la que caracteriza a una situación de legítima defensa, y una agresión omisiva en sentido amplio, la que caracteriza aquello que debe hacer la acción en legítima defensa para poner término a la agresión. Ambas cuestiones serán tratadas en esta sección.

<sup>48</sup> Al respecto en detalle WILENMANN (2014a), pp. 239 y ss.

<sup>49</sup> Paradójicamente, la parte de la dogmática que parece tener mayor conciencia del problema es precisamente aquella que niega la procedencia de agresiones omisivas, al explicar que en casos de esta especie no se trata realmente de omisiones. Así, por ejemplo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON (2014), § 32 Nm. 11. También KÜHL (2012), § 7 Nm. 29 y 33, detecta claramente la existencia de dos conceptos de agresión omisiva. Véase también HELLMANN (1987), p. 120.

<sup>50</sup> Sobre la calificación de la posición del agresor como afectación activa de la libertad u omisiva de ésta u otro bien jurídico, véase sólo WANG (2014), pp. 94 y ss., con ulteriores referencias.

Para tratar de forma más o menos completa el problema de la legítima defensa frente a omisiones, en esta sección se tratará en primer lugar (2) el fundamento del reconocimiento del concepto de agresión omisiva en sentido estricto. A continuación (3) se reconstruirá su estructura general de reconocimiento. En tercer lugar, se tratarán en general los problemas ligados al concepto de agresión omisiva en sentido amplio (4).

### **3.2. Fundamento del reconocimiento de la agresión omisiva**

Como hemos visto, el reconocimiento de agresiones omisivas parece ser sustancialmente problemático, lo que puede ser explicado estructuralmente por referencia al tipo de normas cuya infracción parece fundamentar de forma privativa a la legítima defensa: prohibiciones constitutivas de derechos subjetivos que a su vez constituyen a la autonomía formal. Bajo el axioma analítico de que las prohibiciones (de lesión o puesta en peligro) sólo pueden ser infringidas mediante comportamientos activos, la autonomía formal parece no poder ser vulnerada mediante omisiones. Con ello, la aceptación general de la construcción de agresiones omisivas debe implicar una de dos cosas (o ambas): los derechos subjetivos, en el sentido que interesa en la dogmática de la legítima defensa, se encuentran en realidad constituidos no sólo por prohibiciones, sino también por mandatos; o pese a tratarse de prohibiciones, el sistema permite efectuar operaciones a través de las cuales puede reconocerse una infracción de prohibiciones por medio de omisiones. En términos sustantivos, ello quiere decir que debe poder afirmarse que hay equivalencia, desde el punto de vista de la autonomía jurídica protegida mediante la legítima defensa, entre su afectación activa y omisiva en circunstancias determinadas por el mismo sistema.

En la teoría del hecho punible, la afirmación de una equivalencia de esta clase es, por cierto, aceptada por ya más de un siglo en la dogmática penal<sup>51</sup>. La denominada omisión impropia, desarrollada ciertamente a propósito de la teoría del hecho punible y, en especial, de los delitos de resultado, pero cuya lógica puede aplicarse también en nuestro ámbito, es precisamente la expresión de esto. Si se admite que los argumentos que se han entregado históricamente en ese contexto para dar cuenta de la equivalencia sustantiva entre acción y omisión (en posición de garante) convencen, no debiera ser problemático admitir esa clase de equivalencia en el contexto de la legítima defensa. Con ello, en una institución no sometida con la misma intensidad a las restricciones argumentativas derivadas del principio de legalidad, la demostración de la equivalencia

<sup>51</sup> Sobre la historia dogmática de la omisión impropria RUDOLPHI (1966), pp. 92 y ss.; y WELP (1968), pp. 140 y ss.

jurídico-sustantiva entre agresiones activas y agresiones omisivas en posición de garante parece resultar suficiente. La cuestión se reduce a la pregunta por si el concepto de "agresión" del artículo 10 número 4 CP (o 20 número 4 del Código Penal español), admite una interpretación omisiva. Como se trata de un concepto sistemático y como la interpretación de los presupuestos de las causas de justificación no está sujeta a las restricciones que afectan a los elementos de un tipo, esto puede admitirse sin más.

Sin embargo, la aceptación de que el concepto de agresión tiene una naturaleza sistemática que designa la puesta en peligro de un bien jurídico mediante vulneración fuertemente responsable de normas que constituyen a la autonomía formal implica afirmar que la agresión omisiva sólo es justificable si ésta puede ser vulnerada de esta forma. Esto implica que las otras dos dimensiones vinculadas al problema de la omisión impropia –la dimensión de clarificación estructural y la dimensión de fundamentación sustantiva– también se juegan a propósito del concepto de agresión omisiva. Como la clarificación estructural sirve ante todo para precisar el problema de fundamentación envuelto, es crucial empezar por mostrar qué puede significar, estructuralmente, que la autonomía formal pueda ser vulnerada mediante omisiones. Esto retoma la pregunta inicial: si la autonomía formal se ve constituida por normas en principio prohibitivas y la legítima defensa encuentra su potencial de fundamentación en su infracción plenamente responsable, ¿cómo puede ser formalmente (normológico) que esta infracción pueda darse omisivamente?

La respuesta exige considerar más de cerca el concepto de "autonomía formal" o de "derechos subjetivos", cuya vulneración justifica la facultad de defensa. Hasta ahora hemos asumido que la idea de derechos subjetivos es una designación de las normas de comportamiento (los deberes de respeto) que se vinculan a objetos (bienes jurídicos) protegidos mediante éstas. Esas normas de comportamiento pueden tener distintos orígenes. En algunos casos, ellas no son más que la expresión de las normas de comportamiento que subyacen a tipos penales tales como el homicidio. El derecho a la vida, de esta forma, se ve constituido por la prohibición de matar a otro, la que a su vez es un reflejo de las normas de sanción del homicidio. En otros casos, el reconocimiento en otras áreas de facultades de exclusión –como típicamente sucede respecto de las normas civiles que constituyen a la propiedad– hace que la configuración de los derechos subjetivos con efecto interpersonal no sea puramente penal. Como la construcción del derecho a la vida parece ser más estrecha dada su dependencia penal, ésta puede ser usada como un buen ejemplo para ilustrar la estructura lógica de la agresión omisiva.

Asumamos la interpretación restrictiva del derecho subjetivo a la vida: éste es la prohibición del homicidio. Si esto es así, ello parece explicar las dificultades ligadas al reconocimiento de agresiones omisivas: la prohibición no puede ser

vulnerada mediante una omisión. El padre que deja morir a su hijo no infringe formalmente la prohibición de matar a otro, pero sabemos que necesitamos que esto sea así, al menos como puesta en peligro inminente, para que proceda la legítima defensa. El padre, en cambio, infringe más bien el deber de salvar a su hijo, el que no parece formar parte del derecho subjetivo a la vida definido mediante la prohibición del homicidio. Esta apariencia es, sin embargo, engañosa. Considerado de cerca, también la prohibición de matar a otro es una descripción normativa derivada. Su origen se encuentra en el tipo de homicidio. Dada la aceptación de la construcción de la punición en omisión impropia, uno debe decir que la norma de sanción del homicidio contiene también mandatos. La omisión impropia precisamente permite demostrar que al tipo en cuestión subyace no sólo una prohibición común, sino también un mandato especial de resguardo aplicable al garante. El derecho subjetivo a la vida se ve, así, también vulnerado mediante omisiones del garante, ya que en realidad se encuentra compuesto también por mandatos. Si esto es así, entonces, incluso en una concepción estricta (*"berneriana"*) de la legítima defensa tiene que llegararse a la conclusión de que ésta procede frente a agresiones omisivas, esto es, frente a situaciones de peligro de lesión inminente que puede ser impedida por el garante.

Por supuesto, en tanto concepto de integración sistemática, la agresión puede extenderse a omisiones sólo hasta allí donde pueda reconocerse equivalencia. No toda infracción de normas de comportamiento jurídico-penalmente reconocidas implica, sin embargo, una infracción para estos efectos equivalentes a la vulneración de derechos que subyace a una agresión activa. Sistématicamente, los sistemas reconocen equivalencia sustantiva en todo caso de infracción de mandatos realizada por un garante, con completa independencia de que su fundamento se encuentre en un denominado “deber negativo” o en un “deber positivo” (= institucional). Al ser estos “deberes positivos” obligaciones de una entidad material para estos efectos por definición equivalentes a los deberes negativos conforme a las reglas del sistema<sup>52</sup>, ello requiere precisamente delimitarlos de otras formas de obligaciones y de derecho correlativos respecto de los cuales el sistema típicamente establece una matriz axiológica distinta y a cuyo respecto niega, por lo mismo, la equivalencia. Se trata aquí precisamente de la solidaridad como categoría sistemática y de los deberes ligados a ésta. Los deberes positivos no son deberes de solidaridad; la construcción de punición en omisión impropia ligada a la infracción de deberes positivos –o si se quiere: el reconocimiento de posiciones de garante “institucionales”– muestra que tienen la misma entidad que los deberes negativos.

<sup>52</sup> Esto es ignorado por Baldó y Palermo, al exigir una vulneración de deberes negativos para que pueda reconocerse una agresión omisiva.

Esta es precisamente la razón por la que idea relativamente extendida respecto a que la estructura de la legítima defensa es aplicable frente omisiones de socorro<sup>53</sup>, no puede ser correcta. Si la legítima defensa se fundamenta en relación a la infracción de normas constitutivas de la autonomía formal, por definición, ella se encuentra excluida en el caso de la omisión de socorro<sup>54</sup>. En general, la omisión de socorro constituye, sin embargo, la contracara constituida como obligación de rescatar del deber de tolerar un rescate que emana del estado de necesidad agresivo. Si bien, por razones fenoménicas ligadas a la forma que puede tener la contribución necesaria al rescate, puede ser que ambas obligaciones no sean simultáneamente aplicables –A, un médico, pasa frente a B, quien está herido y con riesgo vital en despoblado; si omite salvarlo realiza el tipo de la omisión de socorro, pero B no estaba en estado de necesidad agresivo frente a A, simplemente, porque no hay acción de rescate a costa suya que éste estuviera obligado a tolerar–, ambas emanan de la misma estructura de fundamentación. El afectado o un tercero pueden, por ello, en general obligar al rescate por estado de necesidad agresivo cuando la omisión del rescate fuere constitutiva de omisión de socorro, con lo que la resistencia violenta del omitente es en general punible. Renzikowski ha argumentado, en cambio, que precisamente a causa de la estructura de la omisión de socorro frente al estado de necesidad agresivo, debe aceptarse la legítima defensa frente a omisiones de socorro. Su argumento se encuentra construido bajo la asunción de que de otra forma se produciría una contradicción sistemática: sistemáticamente considerado, la resistencia frente a la acción en estado de necesidad y la imposición de la obligación de rescate en omisión de socorro son equivalentes. Por ello, la exclusión de la legítima defensa frente a una omisión de socorro llevaría necesariamente a tener que postular la exclusión de la legítima defensa frente a una pretensión de interrupción del curso causal salvador en estado de necesidad agresivo justificante<sup>55</sup>. Esto es correcto, pero no se trata de un absurdo. La interrupción de un curso causal salvador que se estaba obligado a soportar por aplicación del estado de necesidad agresivo no se encuentra justificada por legítima defensa, ya que la agresión –la pretensión de rescate haciendo uso o lesionando bienes del destinatario de la acción de

<sup>53</sup> SPENDEL en *LK11* (2003), § 32 Nm. 47; RÖNNAU/HOHN en *LK* (2006), § 32 Nm. 101 y ss. GÜNTHER en *SK* (2012), § 32 Nm. 31; RENZIKOWSKI (1994), pp. 293 y ss.; GEILEN (1981), p. 203.

<sup>54</sup> Por cierto, quienes asumen una fundamentación “dualista” o “individualista” de la legítima defensa, en el sentido de que ella sirve a la “protección de bienes jurídicos” y a la “protección del derecho”, y se desentienden de la estructura jurídica de la relación en que se deja justificar la legítima defensa, tienden a llegar a la conclusión de que la legítima defensa debiera proceder ante infracción de deberes de solidaridad, ya que estos también sirven a la protección de bienes jurídicos. Pero precisamente esto no es decisivo.

<sup>55</sup> RENZIKOWSKI (1994), p. 293.

necesidad– no es en este caso “ilegítima” (= se encuentra cubierta por una causa de justificación). Con ello, la realización de un tipo ulterior (homicidio, lesiones, coacción) mediante resistencia violenta a la acción de necesidad es punible bajo el título correspondiente. También la defensa frente a esa resistencia indebida puede tener lugar por legítima defensa, precisamente, porque otro tipo se encuentra en situación de realización. Pero el hecho mismo de que se haya interrumpido el curso causal salvador no es más que la expresión de que se realizó el tipo de omisión de socorro. Contra lo que asume Renzikowski, esto no significa que la exclusión de la legítima defensa frente a omisiones de socorro implique excluir su aplicabilidad en todo caso de interrupciones de cursos causales salvadores, sino sólo en aquellos casos en que esa interrupción no implicaría la afirmación de punibilidad por un delito distinto. Ejemplo: A intenta impedir que B salve a su hijo que se está ahogando. ¿Puede un tercero, C, impedir violentamente la acción de A? La cuestión no admite discusiones si la acción de A constituye en sí una agresión a B. La problemática se plantea, por ello, sólo si A es parcialmente exitoso, dejando, por ejemplo, a B inconsciente. Pero si ese es el caso, A no se encuentra en una omisión de socorro, sino en posición de garante al subrogarse, por injerencia, en la posición de garante original de B. La situación de C frente a A, por ello, no es estado de necesidad a favor de terceros, sino de legítima defensa de terceros. De esta forma, si C sólo puede salvar al hijo de B obligando a A a que lo haga, ya que, por ejemplo, C no sabe nadar, esa acción se encuentra justificada por legítima defensa.

La equivalencia sustantiva que puede afirmarse entre la agresión activa y la agresión omisiva constitutiva de una infracción de deberes negativos o positivos –y no así de una infracción de deberes de solidaridad– se manifiesta dogmáticamente en el cumplimiento *mutatis mutandi* de las exigencias ligadas a la dogmática de la omisión impropia. El requisito central viene dado, por cierto, por la exigencia de la tenencia de una posición de garante. Sólo en esos casos la agresión omisiva puede ser hecha equivalente a la agresión activa, en cuanto forma de vulneración normal de las normas que constituyen la autonomía protegida en legítima defensa. La demostración de la tenencia de una posición de garante permite distinguir, de esta forma, puestas en peligro vinculadas a la infracción responsable de una obligación de no lesión y puestas en peligro vinculadas a una infracción de un simple deber de solidaridad.

De esta forma debe ser considerada correcta aquella postura dogmática que reduce la procedencia de agresiones omisivas a aquellas que tienen lugar en condiciones de omisión impropia<sup>56</sup>. Esto, por cierto, se aplica sólo para el

<sup>56</sup> ERB en MK (2011), § 32 Nm. 66 y 71; GÜNTHER en SK (2012), § 32 Nm. 31; ROXIN (2006), § 15 Nm. 11; MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER (2013), § 32 Nm. 10; FRISTER (2013), 16/10; JAKOBS (1991), 12/21;

concepto estricto de agresión omisiva. Por supuesto, en lo que dice relación con el concepto amplio de agresión omisiva, la obligación de actuar va a estar en cualquier caso fundada en una posición de garante por injerencia.

### **3.3. Estructura de reconocimiento de una agresión omisiva; la demarcación con el estado de necesidad defensivo**

La dogmática de la omisión impropia determina las condiciones bajo las cuales normas de sanción a las que parecen subyacer normas de comportamiento que aparentemente establecen sólo obligaciones de abstención, pudiendo ser por ello sólo vulneradas mediante comportamientos activos, pueden ser realizadas mediante comportamientos omisivos<sup>57</sup>. Para ello, ésta necesita fundamentar la existencia de una obligación de actuar cuya infracción establezca, de esta forma, una vulneración de autonomía formal ajena. La infracción de un mandato de impedimento de la producción del resultado de lesión del bien jurídico y no la infracción de la prohibición de producción del resultado es aquello que fundamenta en este caso la punibilidad<sup>58</sup>. En el caso de la agresión omisiva la estructura es la misma: se trata de la determinación de las condiciones de infracción de mandatos de impedimento de la producción del resultado por medio de su puesta en peligro inminente. Como en la legítima defensa la infracción que fundamenta la justificación se determina por medio de la imputación conforme a un modelo de atribución de responsabilidad fuerte de la producción del estado de cosas antinormativo, la clave en la determinación de las condiciones de reconocimiento de una agresión omisiva se encuentra en la idea de *lesión* de la obligación del garante de impedir la producción del resultado. En esto es crucial la idea de lesión: al igual que en el caso de las agresiones activas, la mera producción de un estado de cosas antinormativo causalmente reconducible al garante no basta para reconocer una agresión omisiva. Se requiere más bien que esa producción sea plenamente imputable. No es sólo, por ello, la tenencia de una posición de garante de impedimento del resultado en cuestión, sino la lesión de la obligación

---

WAGENLÄNDER (2006), pp. 116 y ss. WESSELS/BEULKE/SATZGER (2014), § 8 Nm. 326; LUZÓN PEÑA (2012), 23/14; EL MISMO (1996), p. 590.

<sup>57</sup> Similar VOGEL (1993), pp. 94 y ss.; JAKOBS (2000), p. 30; HERZBERG (1972), pp. 215-217; ya NAGLER (1938), p. 61.

<sup>58</sup> Las formas en que esto puede ser reconstruido son, en lo esencial, dos: o bien se trata de la conversión de la prohibición que efectivamente subyace *prima facie* de forma exclusiva al tipo en cuestión (así VOGEL (1993), pp. 100 y ss.; KAUFMANN (1959), pp. 272 y ss.); o bien se considera que interpretativamente puede sostenerse que al tipo subyace también, directamente, un mandato de impedimento de la producción del resultado dirigido al garante (así HRSCHKA (1979b), p. 435; OTTO (2004), § 9 Nm. 16; y EL MISMO/BRAMMSEN (1985); p. 532).

derivada de esa posición de garante, aquello que fundamenta tanto la punibilidad en omisión impropia como el reconocimiento de una agresión omisiva<sup>59</sup>. El agente debe haber tenido dolo, posibilidades de actuar y éste debe haber sido exigible al momento de la omisión para efectos de que se justifique tanto la punibilidad en omisión impropria<sup>60</sup> como el reconocimiento de una agresión omisiva.

Lo anterior permite comprender con relativa precisión la forma en que se juega la distinción entre el estado de necesidad defensivo y la legítima defensa. En general, puesta en peligro ligada a la esfera jurídica de un garante es aquello que fundamenta la procedencia del estado de necesidad defensivo. La diferencia frente a la legítima defensa en caso de agresión omisiva se encuentra en la forma de vulneración de la obligación del garante: si hay plena imputabilidad de la lesión de una obligación ligada a una posición de garante –es decir, a una obligación de aseguramiento o de protección–, existiendo posibilidad de acción y exigibilidad del actuar, entonces hay agresión omisiva<sup>61</sup>; si no se cumplen estas condiciones en la puesta en peligro a otro mediante cosas propias, entonces se trata sólo de un caso de estado de necesidad defensivo<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Distinto STAHL (2015), pp. 104 y ss., quien sostiene que sólo una interpretación restrictiva, en el sentido de tratarse de omisiones de aseguramiento de peligro que sean “imputables” a responsabilidad del omitente, pueden constituir agresiones omisivas. De otra forma, sostiene Stahl, no puede explicarse la diferencia entre la agresión omisiva y el § 228 BGB (estado de necesidad defensivo). Además, la dogmática mayoritaria exigiría con razón que el disvalor de resultado ligado a una agresión (activa) surja al menos de una infracción de deber objetiva, por lo que los peligros ligados a la esfera de dominio del omitente que se constituyeron sin infracción de deber de éste (ejemplo: el perro que de forma imprevisible e inevitable se escapa) no pueden constituir agresiones omisivas, o las exigencias impuestas a éstas serían menores que en caso de agresiones activa. El argumento desconoce, sin embargo, la forma en que se constituye el carácter de “peligro imputable” en la agresión omisiva: ésta surge precisamente de la exigencia de que se trate no sólo de un peligro ligado a una posición de garante, sino a una infracción de obligación plenamente imputable del garante.

<sup>60</sup> Así FREUND en *MK* (2011), § 13 Nm. 103 y ss.; WOHLERS en *NK3* (2010), § 13 Nm. 12s.; HEINRICH (2012), Nm. 897-900; FISCHER (2015), § 13 Nm. 6; FRISTER (2013), 22/17-19; GROPP (2001), § 11 Nm. 43-56; WEIGEND en *LK* (2006), § 13 Nm. 63-68; RÖNNAU/HOHN en *LK* (2006), § 32 Nm. 103; JESCHECK/WEIGEND (1996), pp. 616 y ss.; KREY/ESSER (2012), § 36 Nm. 1122; SATZGER/SCHMITT/ WIDMAIER/KUDLICH (2009), § 13 Nm. 8 y s.; KINDHÄUSER (2013), § 13 Nm. 8-10; MAIWALD (1981), pp. 476-480; MURMANN (2011), § 29 Nm. 21 y ss.; RANSIEK (2010), p. 492; RENGIER (2012), § 49 Nm. 8-12; OTTO (2004), § 9 Nm. 98-104; OTTO/BRAMMSEN (1985), pp. 652 y ss.; ROXIN (2003), § 31 Nm. 8-15; RUDOLPHI/STEIN en *SK* (2012), Vor. § 13 Nm. 1 y ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER (2014), § 16 Nm. 708 y ss.

<sup>61</sup> Correctamente MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER (2013), § 32 Nm. 10; FRISTER (2013), 16/10.

<sup>62</sup> Esto es lo que hace que la reconstrucción de la distinción entre defensa frente a cosas como estado de necesidad defensivo (*Sachwehr*) y legítima defensa (*Notwehr*) realizada por STRATENWERTH (1956), pp. 61 ss., no resulte convincente. De acuerdo a Stratenwerth, la lesión de un deber de aseguramiento en el tráfico (*Verkehrssicherungspflicht*) sólo puede dar lugar a legítima defensa si ella se deja convertir en un caso de agresión por medio de injerencia. Esto, sin embargo, no es lo determinante, sino la forma en que tiene lugar la infracción de obligación. Similar en los resultados PAWLIK (2003), p. 22.

Es precisamente la lesión de la obligación de actuar existiendo tanto conocimiento de ésta como posibilidad actual de actuar, aquello que convierte a la omisión impropia en una forma de lesión de obligaciones construida sobre el dogma de la acción; lo mismo puede decirse, por ello, de la agresión omisiva. La mera tenencia de una posición de garante no fundamenta legítima defensa cuando el peligro se encuentra conectado, por alguna u otra razón, a la esfera jurídica del garante<sup>63</sup>.

Como la legítima defensa exige, para efectos de ser aplicable en toda su extensión, que el agresor sea plenamente responsable por la puesta en peligro, no hay agresión omisiva cuando el cumplimiento de la obligación de impedir la puesta en peligro no es exigible al garante<sup>64</sup>. En su caso, el afectado se encuentra en estado de necesidad defensivo frente al garante.

La legítima defensa es de esta forma la estructura de tratamiento de la reacción preventiva tendiente a la evitación de un mal ligado a una lesión formal de obligaciones de un garante. Ella requiere, por ello, de la determinación de que el destinatario de la acción de necesidad tiene una posición de garante, que ha incumplido intencionalmente la obligación de evitar la producción del resultado (aquí: puesta en peligro), y que tenía posibilidades actuales de actuar. Frente a los casos de agresiones activas, los supuestos de agresiones omisivas en sentido estricto son, de esta forma, más bien escasos, ya que, como hemos visto, la situación normal de legítima defensa se encuentra ligada a una agresión corporal que requiere de interrupción por parte del afectado por ella. Como se trata de casos en que el disvalor de injusto es el mismo que en el caso de una agresión activa, nada habla en contra del reconocimiento de agresiones omisivas, cumplidas que sean sus condiciones. Este hallazgo, como hemos visto, es compartido de forma abrumadoramente mayoritaria en la dogmática penal.

### **3.4. Reglas generales relativas al actuar en legítima defensa contra agresiones omisivas en sentido amplio y contra agresiones permanentes**

Pese a que parte de las discusiones dogmáticas relativas al concepto de agresión omisiva digan relación con la posibilidad de fundamentar del todo su reconocimiento, son cuestiones más bien estructurales las que son más discutidas, por disparidad de resultados, en la literatura penal<sup>65</sup>. Sin embargo,

<sup>63</sup> Esto es pasado por alto por CONINX (2012), pp. 78-81, al intentar defender la idea de que la defensa frente a cosas es simplemente un caso de legítima defensa.

<sup>64</sup> No poder tratar adecuadamente la situación de la inexigibilidad del cumplimiento de la obligación es una de las críticas que tiende a hacerse al reconocimiento del concepto de agresión omisiva. En vez de muchos SCHUMANN (2012), p. 301. La crítica no es aplicable aquí.

<sup>65</sup> Así también SCHUMANN (2012), p. 287.

como hemos visto, la estructura de reconocimiento de una agresión omisiva (en sentido estricto) admite ser reconstruida sin mayores dificultades. La cuestión es mucho más compleja, en cambio, tratándose de las formas de acción permitidas en contra de una agresión omisiva. En lo que sigue, nos interesa revisar más de cerca este problema, lo que requiere ciertas clarificaciones conceptuales previas.

El problema que interesa resolver en esta sección se refiere a las formas de defensa procedentes en contra de agresiones omisivas. Contra lo que puede aparecer, este problema no se encuentra directamente vinculado al problema de las agresiones omisivas que revisamos en las subsecciones anteriores. Esta falta de conexión puede ser percibida desde un inicio cuando uno advierte que, como adelantamos en la introducción a esta sección, dos conceptos de agresión omisiva conviven en la literatura: un concepto –la agresión omisiva en sentido estricto– es utilizado para caracterizar directamente a la problemática relativa al cumplimiento del supuesto de hecho de la legítima defensa; mientras que el otro concepto –la agresión omisiva en sentido amplio– puede ser utilizado para caracterizar aquello que se necesita obtener del agresor para poner término a la relación jurídica que por hipótesis puede ser descrita como agresión.

Esta diferencia puede ser explicada de forma analíticamente más precisa a partir de ciertas distinciones básicas de teoría de las normas. Como hemos visto, el concepto de agresión en la legítima defensa se integra en lo que puede ser denominado dogmática de la acción. Conforme a la lógica de las normas que subyace a la dogmática de la acción, la imputación de incumplimiento de la norma se relaciona con una variación de un estado de cosas original, imputable al autor, hacia un estado de cosas que se deja reconstruir como antinormativo<sup>66</sup>. Al igual que la omisión impropia, en la agresión omisiva no se imputa, sin embargo, una variación en un estado de cosas que puede ser visto como antijurídico, sino que se imputa la no producción producible de un estado de cosas jurídicamente debido. Esto es lo que la distingue formalmente de la agresión activa: mientras que la acción de la agresión activa consiste en la producción del estado de peligro que, conforme a las propias reglas de la legítima defensa, cuenta en sí como vulneración normativa –cuyo sustrato lesivo puede, sin embargo, todavía ser prevenido–, la acción de la agresión omisiva en sentido estricto consiste en la no evitación previsible de la producción del estado de cosas antijurídico, estando obligado a ello.

La agresión omisiva en sentido amplio, en cambio, no es una descripción de este tipo. Antes, se trata de una descripción relativa a la forma que debe tomar el comportamiento del agresor para poner término al estado de agresión, sea que éste cuente como agresión activa, o sea que éste cuente como agresión omisiva.

<sup>66</sup> Al respecto V. WRIGHT (1972), pp. 39 y ss. Similar JAKOBS (1999), p. 116.

En paralelo a los conceptos de agresión activa (en sentido estricto) y agresión omisiva en sentido estricto, es de esta forma posible distinguir dos formas de reacción necesaria a la agresión: si se trata de evitar la producción de un estado de cosas lesivo, la agresión puede ser calificada como activa en sentido amplio. La caracterización de “activa” es utilizada aquí como descripción correlativa al carácter reactivo de la defensa necesaria: la agresión es activa (en sentido amplio) porque la defensa sirve para *detener* algo y ésta puede considerarse, por ello, *reactiva*<sup>67</sup>. En cambio, si se trata de obligar a la evitación de la producción de un estado de cosas lesivo o a colaborar en poner término a un estado de cosas lesivo, la agresión puede ser calificada como omisiva en sentido amplio. La caracterización “omisiva” es utilizada aquí como descripción correlativa al carácter proactivo de la defensa necesaria: la agresión es omisiva porque la defensa sirve para *producir* una colaboración en el término de la agresión y en ese sentido puede considerarse *proactiva*<sup>68</sup>. Todas estas distinciones no tienen ciertamente más que fines expositivos o pedagógicos y ciertamente se dejan invertir con relativa facilidad. Su relevancia sólo puede ser percibida cuando uno se pregunta por los problemas que surgen en la defensa proactiva.

Por regla general, las agresiones omisivas en sentido estricto tienden a tener la forma, desde el punto de vista de la reacción necesaria para ponerles término, de una acción omisiva en sentido amplio. Así, por ejemplo, frente al guardia que no deja salir en libertad al individuo que debe ser liberado por orden judicial típicamente va a ser necesario reaccionar obligándolo a producir la liberación, por ejemplo, mediante coacción violenta en la adquisición de las llaves necesarias para abrir la prisión. La agresión activa en sentido estricto no necesita, en cambio, constituir a su vez una agresión activa en sentido amplio, sino que pueda dar lugar a una agresión omisiva en sentido amplio. Este es el hallazgo de Lenckner y Perron al negar el carácter de agresión omisiva de los casos más relevantes en que la dogmática tiende reconocerlos<sup>69</sup>. El sujeto que

<sup>67</sup> Conectando con el argumento semántico respecto a que “agresión” requiere de actividad, SCHUMANN, cit. (n. 47), 291, sostiene que también “defensa” es un concepto que semánticamente necesita de carácter reactivo, por lo que en las agresiones omisivas en sentido amplio tampoco puede reconocerse legítima defensa.

<sup>68</sup> Esta distinción es claramente advertida por SCHUMANN (2012), p. 305, en su crítica a la idea de agresiones omisivas: “Una diferencia esencial entre el caso del § 32 StGB y la coacción al cumplimiento de la obligación consiste en que en el primer caso el término de la puesta en peligro injusta puede ser obtenida tanto a través de la puesta al agresor en una situación de abandonar su voluntad agresiva, como a través de la incapacitación de éste. El éxito de la legítima defensa en contra de una agresión omisiva sólo puede ser obtenido a través del quiebre de la voluntad del agresor, de forma de ser instrumentalizado en poner término al peligro”.

<sup>69</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON (2014), § 32 Nm. 19 y ss. Por supuesto, es posible intentar presentar estos casos conscientemente como agresiones omisivas al momento de la defensa, al señalar que se trata de

priva de libertad a otro, del que se necesita obtener la información necesaria para liberarlo, ha llevado a cabo ciertamente una agresión activa: él produjo el cambio de estado de cosas a uno contrario a derecho. La reacción necesaria para poner término a esa agresión no es, sin embargo, de pura resistencia –no es reactiva–, sino que se trata de obligarlo a colaborar en la liberación del afectado –se trata, en ese sentido, de una defensa necesariamente proactiva–. Este carácter proactivo de la defensa necesaria, en el que precisamente el requisito de necesidad no parece funcionar con la misma claridad que en el caso de defensas reactivas para limitar la acción de defensa, constituye el núcleo del problema ligado a las agresiones omisivas. Lo conflictivo se presenta en este punto: bajo una comprensión de la legítima defensa dominada por el requisito de la necesidad, los límites a la acción defensiva se vuelven difusos. Los modos de reacción frente a la agresión dejan de estar condicionados por la agresión de la forma en que ello tiene lugar frente a una agresión activa en sentido amplio.

Considerado de cerca, este problema que se presenta en la acción defensiva no se refiere sólo a la “proactividad” de la defensa necesaria, en tanto descripción de la necesidad de obligar al agresor a ejecutar una conducta que sirva para poner término a la agresión. Estas mismas dificultades se presentan en otros casos que no pueden ser propiamente denominados “agresiones omisivas en sentido amplio”. Como la cuestión se relaciona con la infinidad de métodos de “defensa” que se abren, ella también se presenta en todos los casos de agresiones permanentes<sup>70</sup>. El centro de la polémica referida a la defensa frente al chantaje

---

un peligro creado por un comportamiento anterior, existiendo una obligación por injerencia de poner término a este peligro. Así SCHUMANN (2012), pp. 298 y ss. nota 45; RENZIKOWSKI (1994), pp. 278 y ss.; KÜHL (2012), § 7 Nm. 45; EL MISMO (1993), p. 60 (“omisión conectada a una agresión activa originalia”); STAHL (2015), pp. 151 y ss.; y 200 y ss. En contra ERB (2005), pp. 25 y ss.; DENCKER (2013) p. 490; MATT/RENZIKOWSKI/ENGLÄNDER (2013), § 32 Nm. 15; GÜNTHER en SK (2012), § 32 Nm. 80; KINDHÄUSER en NK (2013), § 32 Nm. 52 y ss.; RÖNNAU/HOHN en LK (2006), § 32 Nm. 224; ROXIN (2006), § 15 Nm. 28.

<sup>70</sup> Casos de esta especie son considerados como “claramente constitutivos de una agresión”. Ejemplar a este respecto ERB (2005), p. 25; EL MISMO (2006) p. 24, bajo diferenciación expresa respecto de las agresiones omisivas; WAGENLÄNDER (2006), pp. 117 y ss., sin diferenciar ambos casos; o GÜNTHER en SK (2012), § 32 Nm. 66, quien inicia su análisis con la correcta asunción de que no puede construirse un concepto de agresión permanente en el sentido en que se construyen peligros permanentes en el estado de necesidad, ya que la legítima defensa requeriría una radicalización de la situación de conflicto, pero lo acepta para los casos de delitos permanentes. Sobre las escasas voces que criticaron la asunción de cumplimiento del requisito de agresión en el caso Daschner, véase ERB (2006), p. 24. Que la aceptación de agresiones permanentes abre este problema de un modo similar a las agresiones omisivas, es algo que fue claramente vislumbrado ya por ARZT (1965), pp. 344 y ss., a propósito de la polémica por la legítima defensa contra amenazas condicionales; y sobre todo por KRATZSCH (1987), pp. 228 y ss., quien explícitamente agrupaba los casos de lo que aquí se denominan agresiones omisivas en sentido amplio y agresiones permanentes, descartando en ambos casos la presencia de una agresión. Al revés, SCHMIDHÄUSER (1976), 9/92, sólo acepta el reconocimiento de una agresión omisiva si ésta se deja reconstruir como agresión o peligro permanente.

se relaciona con este punto: la posibilidad de reconstruir todo caso de coacción mediante amenaza como agresión permanente es percibida como problemática por sus críticos, ya que la reacción necesaria no parece verse fenomenológicamente limitada en una medida relevante. Qué resulte finalmente necesario para poner término a la agresión va a depender de formas de acción del agredido que se extienden por un espacio de tiempo más o menos incierto, el que se extiende desde el inicio de la acción agresiva hasta el término de la agresión.

La relación de parentesco de los casos de agresiones omisivas en sentido estricto, agresiones omisivas en sentido amplio y agresiones permanentes puede ser exemplificada a partir de casos paradigmáticos relativos a cada una de estas categorías. El caso tal vez más extendidamente discutido de agresión omisiva en sentido estricto se ve constituido por el guardia de la prisión que no abre la puerta del prisionero liberado. Si no es posible abrir la prisión sin colaboración del guardia, el prisionero o un tercero va a requerir constreñir al guardia a liberarlo. Como caso paradigmático de agresión omisiva en sentido amplio puede venir en consideración un discutido caso expuesto por Welp como exemplificación de agresión omisiva<sup>71</sup>, el que no es más que una forma de los innumerables ejemplos de *time ticking bomb*: A ha escondido una bomba en un avión. Ésta sólo puede ser encontrada y desactivada con su ayuda. Sin que sea coaccionado a colaborar, la bomba va a estallar, muriendo todos los pasajeros del avión. No hay dudas que en este caso la agresión es activa en sentido estricto<sup>72</sup>. El caso presenta, sin embargo, todos los problemas en el ámbito de la acción que caracterizan a las agresiones omisivas, por lo que tiende a ser discutido en conexión con este concepto (sin distinguir, como aquí, entre dos conceptos distintos de agresiones omisivas). Un caso obvio de agresión permanente se ve constituido por un secuestro<sup>73</sup>. Los casos de secuestros apenas son discutidos en relación al tema de las agresiones omisivas, ya que el carácter activo de la agresión es tan evidente que pocos dudarían de calificarlo como tal<sup>74</sup>. Pero la defensa frente al

<sup>71</sup> WELP (1968), p. 336. Un ejemplo similar es utilizado por HERZBERG (1972), pp. 285 y ss.; y STAHL (2015), pp. 196 y ss.

<sup>72</sup> Acertadamente ERB (2005), p. 26.

<sup>73</sup> Presentado como un caso “no problemático” de agresión actual por KÜHL (1993), p. 62. Otro de los casos que tiende a ser discutido a propósito del concepto de agresión omisiva es también, en realidad, una agresión activa permanente: el impedimento de hacer uso de un estacionamiento. Sea que uno lo reconstruya como coacción violenta –o incluso como coacción mediante amenaza de tener que provocar la propia punibilidad para hacer uso del estacionamiento– o como afectación al “derecho común de uso” de ciertos bienes, se trata en cualquier caso de forma evidente de una agresión activa. La dogmática lo caracteriza, sin embargo, como agresión omisiva. Al respecto véase sólo SCHUMANN (2012), p. 288.

<sup>74</sup> Ilustrativa a este respecto es la distinción de ARZT (2001), p. 1052, entre amenaza condicional con matar a un hijo secuestrado en caso de no pago de una suma de dinero y amenaza condicional con

secuestro, al menos cuando tiene lugar por un tercero, casi siempre va a tener al menos una de las características problemáticas de las agresiones omisivas en sentido amplio, a saber, una relativa extensión del tiempo de reacción<sup>75</sup>, y en muchos casos puede incluso tener el elemento analítico distintivo de éstas, a saber, la necesidad de producir la colaboración del agresor como modo de término de ésta. La agresión permanente es, en ese caso, una agresión omisiva en sentido amplio.

Dos son, de esta forma, los elementos problemáticos que pueden reconocerse en las agresiones permanentes y en las agresiones omisivas en sentido amplio: la extensión del tiempo de reacción y, con ello, de las formas de defensa; y la necesidad de producir colaboración del agresor. El primer elemento es común a los conceptos de agresión permanente y omisiva en sentido amplio, mientras que el segundo concepto caracteriza a la agresión omisiva en sentido amplio; si una agresión permanente también requiere de colaboración del agresor para ponerle término, es dogmáticamente conveniente considerarlo un caso de agresión omisiva en sentido amplio.

Tanto el problema de la extensión del tiempo de reacción como el problema de la necesidad de producir colaboración son conflictivos al conectar con la falta de limitación material en las formas de reacción del agredido en legítima defensa. En el primer caso, hablar de “necesidad” de la defensa, en los mismos términos en que uno puede hacerlo respecto de agresiones activas, es engañoso. Mientras la defensa reactiva se ve completamente condicionada por el agresor, siendo por lo mismo comprensible la metáfora de Reinhard Merkel de la autolesión en autoría mediata con el objeto de explicar la completa cobertura de la justificación de la reacción defensiva en la responsabilidad del agresor –el agresor determinó por completo la forma de lesión necesaria para poner término a la agresión–, la defensa que puede desarrollarse en un lapso extendido de tiempo no está realmente condicionada de esta forma. El agredido no sólo tiene tiempo de reacción y planificación, sino que la forma en que éste o el tercero que viene en su defensa se comportan desde el inicio de la agresión hasta el momento en que se produce la acción defensiva va modificando aquello que debe ser considerado necesario para poner término a la agresión.

---

matar a un hijo no secuestrado en caso de no pago. Mientras, en el segundo caso, Arzt se niega a reconocer una agresión actual, en el primer caso considera que evidentemente hay agresión actual. En cambio, SCHUMANN (2012), pp. 298 y ss., nota 45, lo tematiza como un caso de agresión omisiva, precisamente, a causa de su tendencia a reconstruir este concepto desde el punto de vista de lo necesario para poner término a la agresión.

<sup>75</sup> Con ello, quien consecuentemente, como KRATZSCH (1987), pp. 228 y ss., reconstruya el concepto de agresión en relación a la agresión activa en sentido amplio, debe negar que también aquí, en el caso de un secuestro actual, haya una agresión que dé lugar a legítima defensa. Similar FRISTER (1988), p. 307.

En el segundo caso tiende a presentarse este mismo problema, con el agregado de que como la colaboración muy probablemente va a tener que ser forzada, el método más seguro de defensa va a ser la tortura. Que ella venga o no en consideración depende, en lo esencial, de la capacidad de resistencia a otras formas de coacción que tenga el agresor<sup>76</sup>.

Un subproblema ligado a la cuestión de la indefinición de la acción de defensa a partir del requisito de necesidad se ve constituido por la extensión de los bienes jurídicos del agresor que pueden ser afectados en la defensa. Como las posibilidades de acción crecen de forma relevante con la extensión de tiempo de la defensa, la definición de qué bienes jurídicos del agresor (o de un tercero, aplicando las reglas del estado de necesidad agresivo) son utilizados para defenderse frente a la agresión es especialmente amplia. Tres son, de esta forma, los tipos de situaciones en que se presenta este problema: el agredido puede elegir entre afectar varios bienes del agresor único; el agredido puede elegir entre afectar varios bienes pertenecientes a distintos agresores; el agredido puede elegir entre afectar varios bienes pertenecientes a uno o varios agresores y a terceros<sup>77</sup>.

Contra lo que asume Schumann<sup>78</sup>, sin embargo, estos problemas se dejan solucionar aplicando las reglas comunes relativas al requisito de necesidad. Necesario es aquel de los medios igualmente efectivos que resulta menos lesivo. Si se trata de la elección de qué bien del agresor puede ser utilizado o afectado para poner término o aminorar el impacto de la agresión, el único criterio de medición se refiere a la afectación individual que cada posibilidad de defensa, entre aquellas más efectivas, representa para el agresor. Schumann ha criticado la posibilidad de realizar estas comparaciones en todos los casos, por considerar que se trataría de formas de “cesión” frente al injusto<sup>79</sup>. Esto parece ligarse, en parte, a la posibilidad de “uso” de un bien jurídico del agresor sin su consentimiento, algo que en principio en la legítima defensa tradicional no tiene lugar, sino que se trata (casi) siempre de lesión de bienes jurídicos del agresor. Pero no se advierte la razón por la que una forma de afectación menor, el uso, no debiera venir en consideración, ni por qué habría de ser considerado un ceder frente al injusto. Los ejemplos propuestos por Schumann para demostrar esto no alcanzan a convencer: un perro se acerca a agredir a su vecino ante la vista impasible del dueño. El vecino puede o bien matar al perro, o bien cerrar la reja

<sup>76</sup> Así también SCHUMANN (2012), p. 298.

<sup>77</sup> Al respecto véase también RÖNNAU/HOHN en LK (2006), § 32 Nm. 101 y ss.

<sup>78</sup> SCHUMANN (2012), pp. 294 y ss.

<sup>79</sup> SCHUMANN (2012), pp. 294 y ss.

y evitar que lo ataque. ¿Debe hacer lo último? El depositario de unos libros de gran valor deja los bienes de un depositante fuera de su tienda para limpiar. Al terminar la limpieza, se retira a su casa, sin volver a entrar los libros. Tras avanzar unos pasos se percata de su olvido y de que los libros pueden arruinarse por la inminente lluvia, pero decide seguir adelante por desidia. ¿Puede el dueño de los libros, pasando por allí antes de la lluvia, romper el vidrio del local y entrar los libros, pese a que podría resguardarlos simplemente llevándose los libros?

Según Schumann, en los dos casos, la segunda opción constituiría una forma de ceder frente al injusto. El argumento ciertamente presenta elegancia y tiene un sustento lógico: en ninguno de los dos casos, las opciones menos lesivas constituyen formas de hacer cumplir la obligación del agresor. Pero la legítima defensa frente a agresiones omisivas no es un modo de hacer cumplir obligaciones, sino una forma de evitar peligros y lesiones de bienes jurídicos que se siguen de un incumplimiento. La idea de la cesión ante el injusto asume que no defenderse implica ceder una posición que se ocupa con derecho. Pero en los dos casos propuestos por Schumann, especialmente el del perro, no se presenta ese problema si uno se desliga de la imagen del triunfo frente al injusto.

Lo mismo puede decirse de los casos en que se presenta un verdadero reemplazo en el cumplimiento de la obligación del agresor a través de su cumplimiento material de propia mano por el agredido o un tercero a costa del agresor (*Ersatzvornahme*). Ejemplo: el agresor omite hacer lo necesario para poner término a un incendio que se ha iniciado en su casa, por preferir vengarse del vecino y perder su casa antes que perder la oportunidad de la venganza. Uno puede afirmar una posición de garante derivada de su condición de dueño, ligada al derecho de exclusión que caracteriza a la propiedad, e incumplimiento de la obligación del garante al no hacer conscientemente nada. ¿Puede el vecino de propia mano hacer uso de bienes del agresor omisivo para evitar la concreción del peligro, o incluso para aminorar el daño? La respuesta tiene que ser afirmativa.

Uno puede ciertamente concederle a Schumann que todos los problemas por él expuestos (la *Ersatzvornahme*; el concepto de “cesión” frente a agresiones omisivas; la necesidad de recurrir a tortura) muestran que la forma en que se ha desarrollado la dogmática, ligada al caso paradigmático de la defensa reactiva frente a un acometimiento, no se amoldan directamente a la agresión omisiva. Esto es ciertamente parte del problema que hemos visto reiteradamente de incomodidad de la dogmática frente a la evolución del concepto de agresión. Haberlo expuesto con toda claridad en el concepto general de agresión omisiva, es ciertamente un gran mérito de Schumann, por más que las contribuciones de Arzt, Kratzsch o Frister, desde un punto de vista material, y Joerden y Hruschka, desde un punto de vista formal, ya

indicaran la presencia del problema. Contra Schumann uno puede sostener, sin embargo, que se trata de un problema de amoldamiento de la dogmática a una concepción de una regla. La labor científica consiste, por ello, en determinar las condiciones de adaptación de la legítima defensa frente a los cambios de concepción; insistir en que es necesario regular una forma especial de derecho de autotutela penal sólo puede sustentarse en el argumento semántico ampliamente rechazado en el que se apoya la argumentación de Schumann (“agresión supone semánticamente actividad”).

El problema central que afecta al reconocimiento de agresiones omisivas se encuentra, de esta forma, en la interpretación de las condiciones a las que debe sujetarse la acción en legítima defensa para encontrarse cubierta por el permiso respectivo. Este es un problema que afecta ante todo a la dogmática del concepto de necesidad, por lo que no podemos tratarlo de forma exhaustiva aquí. Basta, sin embargo, con señalar los aspectos en que el concepto general de necesidad debe ser adaptado al tratamiento de las agresiones omisivas.

Dos son las consideraciones que hacen que, desde el punto de la necesidad del medio, la agresión omisiva tenga particularidades: la mayor extensión de medios de reacción que vienen en consideración tratándose de reacciones no inmediatamente exigidas y, ligado a lo anterior, la relación que esas formas de reacción tienen frente a medios estatales, teniendo en consideración la relativamente amplia disponibilidad de estos medios frente a agresiones que requieren de reacción inmediata. Los dos puntos admiten ser tratados bajo principios generales sencillos: el juicio sobre la necesidad del medio debe considerar de forma general los medios alternativos que, en el lapso de tiempo global venían en consideración, y, ante todo, la defensa privada es subsidiaria frente a la intervención estatal. La máxima relativa a que la imposición de una obligación de búsqueda de ayuda estatal constituiría una obligación inexigible de elusión, no se aplica en el caso de agresiones omisivas o permanentes, precisamente, porque no hay cesión envuelta en la intervención estatal. Esto es: la razón por la que parte de la dogmática no exige la *búsqueda* de ayuda estatal en agresiones tradicionales dice relación con la inmediatez de éste; buscar ayuda estatal implicaría ceder la posición jurídica al menos por un tiempo o ser castigado. El argumento no puede considerarse aplicable aquí sin poner en peligro la primacía de todas las formas estatales de solución de conflictos. El modelo normal de interpretación teórica de la legítima defensa renunciaba a su consideración por desvinculación de agresiones distendidas al estar centrado en la imagen del acometimiento. Sin embargo, una vez aceptada la defensa necesaria frente a agresiones omisivas o permanentes, esto sólo es admisible ante un retorno de la subsidiariedad en tanto exigencia de primacía de respuesta estatal al centro de la dogmática de la legítima defensa. En términos prácticos, ello significa que

la respuesta privada sólo viene en consideración en caso de que el Estado no hubiera podido actuar de forma eficaz del todo<sup>80</sup>.

Entre nosotros, uno podría pensar que la mayor apertura relativa a ponderaciones de intereses que exhiben nuestras descripciones de los límites de la acción en legítima defensa (“necesidad racional del medio”) pueden permitir salvar los problemas que generan las agresiones omisivas en Alemania. Pero esto es sólo parcialmente correcto. La legislación de origen hispánico sólo ofrece ventajas en este aspecto frente a la legislación alemana en el hecho de que la admisión de limitaciones materiales no es en sí problemática. Así, mientras en Alemania todavía hay voces que consideran ilegal el reconocimiento de la limitación a la legítima defensa por agresiones menores (*Unfugnotwehr*) o en caso de extrema desproporción<sup>81</sup>, no hay dudas que nuestra fórmula no ofrece dificultades interpretativas semánticas en el reconocimiento de esos límites. Sistemáticamente considerado, sin embargo, los límites siguen siendo estrechos. Y no hay nada que permita decir que frente a una agresión que sólo puede ser terminada mediante coacción severa, incluyendo tortura, ésta sea irracional.

#### 4. Conclusión

Las principales conclusiones de este estudio pueden ser resumidas rápidamente:

1. En su evolución dogmática, la legítima defensa ha sufrido de la tensión entre una comprensión teórica no ligada directamente a una fenomenología que, sin embargo, le servía de base, y su tratamiento progresivamente desligado de esa fenomenología.

2. La tensión en cuestión se centra en el tratamiento dogmático del concepto de agresión. Desde la limitación histórica de las situaciones de legítima defensa reconocidas a acometimientos físicos contra el cuerpo (vida o salud corporal), la dogmática ha ampliado progresivamente el reconocimiento de agresiones por la vía de incorporación de bienes jurídicos defendibles cada vez más alejados del cuerpo del agredido y por la vía del desacoplamiento del concepto de agresión de la imagen del acometimiento físico. Las agresiones omisivas y permanentes son la demostración más clara de esta apertura progresiva.

3. Pese a las dificultades teóricas que produce, la evolución debe considerarse correcta. Desde un punto de vista fundamental, no hay razones que justifiquen el desconocimiento de una situación de legítima defensa en los casos que exceden al acometimiento. Sin embargo, la dogmática de la legítima

<sup>80</sup> KROSS (2004), pp. 162 y ss.

<sup>81</sup> En vez de muchos, SINN (2015), pp. 277 y ss.

defensa ha sido más bien ciega a los problemas que se siguen de esta apertura. Ante todo, este proceso exige mucha mayor conciencia y refinación en el tratamiento de las condiciones bajo las cuales bienes jurídicos que exceden a la vida y la salud corporal pueden ser objeto de agresión y, ante todo, una adaptación del contenido de la necesidad racional del medio en caso de agresiones fenomenológicamente desligadas de la imagen del acometimiento. Contra lo que asume parte de la literatura, el problema central que afecta a la figura no es uno de reconocimiento de límites materiales de la defensa frente a esta clase de agresiones –dejando en suspenso ciertamente el tratamiento de la tortura en legítima defensa–, sino de correcta consideración de la subsidiariedad de la defensa privada y de ponderación de las alternativas que vienen en consideración.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARZT, Gunther (1975): "Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr –Zum Vorrang der Verteidigung der Rechtsordnung durch den Staat–", en Grünwald *et al.* (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein* (Gotinga, Otto Schwartz), pp. 77-88.
- ARZT, Gunther (1965): "Notwehr gegen Erpressung", en *Monatschrift für deutsches Strafrecht*, pp. 344 y ss.
- ARZT, Gunther (2001): "Zur Strafbarkeit des Erpressungsopfers", en *JuristenZeitung*, pp. 1052-1057.
- BACIGALUPO, Enrique (1999): *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires, Hammurabi), 2<sup>a</sup> Edición.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco (1994): *Estado de necesidad y legítima defensa* (Barcelona, Bosch).
- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; y MITSCH, Wolfgang (2003): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Bielefeld, Giesecking), 11<sup>a</sup> Edición.
- BERNER, Albert Friedrich (1848): "Die Notwehrtheorie", en *Archiv des Criminalrechts*, pp. 547-598.
- BÖRGERS, Niclas (2008): *Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht. Ein Abschied vom objektiven Dritten* (Berlín, Duncker & Humblot).
- BUSTOS, Juan (1984): *Manual de Derecho Penal Español Parte General* (Barcelona, Ariel).
- CEREZO MIR, José (2005): *Curso de Derecho Penal Español Parte General* (Madrid, tecnos), Tomo II, 6<sup>a</sup> edición, 7<sup>a</sup> Reimpresión.
- CONINX, Anna (2012): *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit* (Berna, Stämpfli).

- COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás (1991): *Derecho Penal Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch), 3<sup>a</sup> Edición.
- CÓRDOBA RODA, Juan (2008): "Consideraciones sobre la legítima defensa", en GARCÍA VALDÉS *et al.* (eds.), *Libro homenaje a Enrique Gimbernat* (Madrid, Edisofer), pp. 761-778.
- CUELLO CALÓN, Eugenio (1947): *Derecho Penal Parte General* (Barcelona, Bosch), 8<sup>a</sup> Edición.
- DENCKER, Friedrich (2013): "Über Gegenwärtigkeit", en Freund *et al.* (eds.), *Festschrift für Wolfgang Frisch* (Berlín, Duncker & Humblot), pp. 477-492.
- ENGLÄNDER, Armin (2008): *Grund und Grenzen der Nothilfe* (Tubinga, Mohr-Siebeck).
- ERB, Volker (2004): "Aus der Rechtsprechung des BGH zur Notwehr seit 1999", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 369-376.
- ERB, Volker (2005): "Nothilfe durch Folter", en *Juristische Ausbildung 2005*, pp. 25-30.
- ERB, Volker (2012): "Die Rechtsprechung des BGH zur Notwehr seit 2004", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 194-200.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica), Tomo I, 3<sup>a</sup> edición.
- FISCHER, Thomas (2015): *Strafgesetzbuch Kommentar* (Múnich, Beck), 62<sup>a</sup> Edición.
- FREUND, Georg (1998): *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre* (Berlín, Springer).
- FRISCH, Wolfgang (1983): *Vorsatz und Risiko* (Colonia y otras, Carl Heymanns).
- FRISTER, Helmut (2013): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Múnich, Beck), 9<sup>a</sup> Edición.
- FRISTER, Helmut (1988): "Die Notwehr im System der Notrechte", en *Golddammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 291-316.
- GARRIDO MONTT, Mario (2003): *Derecho Penal Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica), Tomo II, 3<sup>a</sup> Edición.
- GEILEN, Gerd (1981): "Notwehr und Notwehrexzeß", en *Juristische Ausbildung*, pp. 200-210.
- GROPP, Walter (2001): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlín y otras, Springer), 2<sup>a</sup> Edición.
- GUTMANN, Thomas (2001): *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff* (Múnich, Beck).
- HEINRICH, Bernd (2012): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Stuttgart, Kohlhammer), 3<sup>a</sup> Edición.
- HELLMANN, Uwe (1987): *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht* (Colonia y otras, Carl Heymanns).

- HERNÁNDEZ, Héctor; y COUSO, Jaime (2011): *Código Penal Comentado* (Santiago, LegalPublishing).
- HERZBERG, Rolf (1972): *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip* (Berlín-Nueva York, De Gruyter).
- HERZBERG, Rolf (1987): "Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und vorsätzlichen Straftat", en *JuristenZeitung*, pp. 536-541.
- HRUSCHKA, Joachim (1979a): "Rettungspflichten in Notstandssituationen", en *Juristische Schulung*, pp. 385-393.
- HRUSCHKA, Joachim (1979b): "Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit", en Arthur Kaufmann et al. (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann* (Múnich, Beck), pp. 421-436.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel (1999): *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa* (Burgos, Universidad de Burgos).
- JAKOBS, Günther (2012): *System der strafrechtlichen Zurechnung* (Fráncfort, Vittorio Klostermann).
- JAKOBS, Günther (1991): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlín-Nueva York, De Gruyter), 2<sup>a</sup> Edición.
- JAKOBS, Günther (1986): "Nötigung durch Gewalt", en Hirsch/Kaiser/Marquardt (eds.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann* (Berlín/Nueva York, De Gruyter), pp. 791-812.
- JAKOBS, Günther (1999): "Dolus malus", en Rogall et al. (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Rudolphi* (Neuwied, Luchterhand), pp. 107-122.
- JAKOBS, Günther (2000): "Die Ingerenz in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs", en Roxin y Widmaier (Eds.), *Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof. Band IV: Strafrecht und Strafprozessrecht* (Múnich, Beck), pp. 29-49.
- JAKOBS, Günther (2015): "Strafrecht und Sitte. Zur Pönalisierung exzessiven Freiheitsgebrauch", en Freund y Murmann (eds.), *Siebzig Jahre Wolfgang Frisch* (Tubinga, Mohr Siebeck), pp. 7-21.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; y WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (Berlín, Duncker & Humblot), 5<sup>a</sup> Edición.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José (2007): *El exceso intensivo en la legítima defensa* (Granada, Comares).
- JOECKS, Wolfgang (2009): *Studienkommentar StGB* (Múnich, Beck) 8<sup>a</sup> Edición.
- JOERDEN, Jan (1992): "Der Streit um die Gänsebrust. Selbsthilfe im Strafrecht", en *Juristische Schulung* 1992, pp. 23-28.
- KARGL, Walter (1998): "Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 38-68.

- KAUFMANN, Armin (1959): *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Gotinga, Schwartz).
- KAUFMANN, Armin (1974): "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en Stratenwerth *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Welzel* (Berlín, De Gruyter), pp. 393-414.
- KELSEN, Hans (1987): *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, traducción de la 2<sup>a</sup> Edición (México D.F., Porrúa).
- KINDHÄUSER, Urs (2011): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Baden-Baden, Nomos), 5<sup>a</sup> Edición.
- KINDHÄUSER, Urs (2013): *Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar* (Baden-Baden, Nomos), 5<sup>a</sup> Edición.
- KÖHLER, Michael (1997): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlín-Heidelberg, Springer).
- KRATZSCH, Dietrich (1968): *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht* (Berlín, De Gruyter).
- KRATZSCH, Dietrich (1987): "Der 'Angriff'-ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts", en *Strafverteidiger*, pp. 224-229.
- KREY, Volker; y ESSER, Robert (2012), *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (Stuttgart, Kohlhammer), 5<sup>a</sup> Edición.
- KROB, Antje (2004): *Notwehr gegen Schweigegelderpressung* (Berlín, Duncker & Humblot).
- KÜHL, Kristian (2012): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Múnich, Vahlen), 7<sup>a</sup> Edición.
- KÜHL, Kristian (1993): "Angriff und Verteidigung bei der Notwehr", en *Juristische Ausbildung*, pp. 57-69; 118-126; 233-239.
- KÜHL, Kristian (2014): *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar* (Múnich, Beck) 28<sup>a</sup> Edición.
- LAGODNY, Otto (1991): "Notwehr gegen Unterlassen", en *Golddammer's Archiv für Strafrecht* 1991, pp. 300-320.
- LARRAURI, Elena (2008): *Mujeres y sistema penal* (Montevideo/Buenos Aires, BdeF).
- LESCH, Heiko (2005): "Die Notwehr", en Widmaier *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Dahs* (Colonia, Otto Schmidt), pp. 81-115.
- LUDWIG, Dominik (1991): "Gegenwärtiger Angriff", "drohende" und "gegenwärtige Gefahr" im *Notwehr-und Notstandsrecht. Eine Studie zu den temporalen Erfordernissen der Notrechte unter vergleichender Einbeziehung der Gefahrerfordernisse des Polizeirechts* (Fráncfort del Meno, Peter Lang).
- LUZÓN PEÑA, Diego (1996): *Curso de Derecho Penal Parte General I* (Madrid, Universitas).
- LUZÓN PEÑA, Diego (2012): *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (Valencia, Tirant), 2<sup>a</sup> Edición.

- \_\_\_\_\_, El MISMO (2006): *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Montevideo, BdeF).
- MAIWALD, Manfred (1981): "Grundlagen und Probleme der Unterlassungsdelikten", en *Juristische Schulung 1*, pp. 473-483.
- MATT, Holger; y RENZIKOWSKI, Joachim (Eds.) (2013): *Strafgesetzbuch Kommentar* (Múnich, Beck) (cit.: Matt/Renzikowski/Autor).
- MAURACH, Reinhart; y ZIPF, Heinz (1992): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Heidelberg, C.F. Müller), Tomo 1, 8<sup>a</sup> Edición.
- MERKEL, Reinhard (2007): "Folter und Notwehr", en Pawlik y Zaczek (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs* (Colonia y otras, Carl Heymanns), pp. 375-403.
- MIR PUIG, Santiago (2011): *Derecho Penal Parte General* (Barcelona, Reppertor), 9<sup>a</sup> Edición.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010): *Derecho Penal Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch), 8<sup>a</sup> Edición.
- MURMANN, Uwe (2011): *Grundkurs Strafrecht* (Múnich, Beck).
- NAGLER, Johannes (1938): "Die Problematik der Begehung durch Unterlassung", en *Der Gerichtssaal*, pp. 1-123.
- NOVOA, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica), Tomo I, 3<sup>a</sup> Edición.
- PALERMO, Omar (2006): *La legítima defensa: una revisión normativista* (Barcelona, Atelier).
- PAWLIK, Michael (2013): *Das Unrecht des Bürgers* (Tubinga, Mohr-Siebeck).
- PAWLIK, Michael (2003): "Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 12-24.
- PELZ, Christian (1995): "Notwehr-und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 305-309.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica), 2<sup>a</sup> Edición.
- OTTO, Harro (2004): *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Berlín, De Gruyter), 7<sup>a</sup> Edición.
- OTTO, Harro; y BRAMMSEN, Joerg (1985): "Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens", en *Juristische Ausbildung* pp. 530-542; 592-602 y 646-654.
- RANSIEK, Andreas (2010): "Das unechte Unterlassungsdelikt", en *Juristische Schulung 2010*, pp. 490-497; 585-589 y 678-681.
- RENGIER, Rudolf (2012): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Múnich, Beck), 4<sup>a</sup> Edición.

- RENZIKOWSKI, Joachim (1994): *Notstand und Notwehr* (Berlín, Duncker & Humblot).
- RODRÍGUEZ DEVESA, José (1981): *Derecho Penal Español Parte General* (Madrid), 8<sup>a</sup> Edición.
- ROXIN, Claus (2006): *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I* (Múnich, Beck), 4<sup>a</sup> Edición.
- ROXIN, Claus (2003): *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II* (Múnich, Beck).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim (1966): *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz* (Gotinga, Otto Schwartz).
- RUSCONI, Maximiliano (1996): *La justificación en el derecho penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- SATZGER, Helmut; SCHMITT, Bertram; y WIDMAIER, Gunter (eds.) (2009): *StGB. Strafgesetzbuch Kommentar* (Colonia, Carl Heymanns). Citado: Satzger/Schmitt/Widmaier/Autor.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich (1973): *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts* (Aalen, Scientia Verlag, Reimpresión de la edición de 1930).
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1991): "Die Begründung der Notwehr", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 97-139.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1975): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Tubinga, Mohr-Siebeck), 2<sup>a</sup> Edición.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER STRAFGESETZBUCH (2014): editado por Eser et al. (Múnich, Beck), 29<sup>a</sup> Edición. Citado: Schöneke/Schröder/Autor.
- SCHRÖDER, Christian (2000): "Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlich gefährliche Angriffe", en *Juristische Schulung*, pp. 235-241.
- SCHUMANN, Heribert (2012): "Notwehr gegen Unterlassen?", en Degener y Hegmanns (eds.), *Festschrift für Friedrich Dencker* (Tubinga, Mohr-Siebeck), pp. 287-305.
- SCHÜNEMANN, Wolfgang (1985): *Die Selbsthilfe im Rechtssystem* (Tubinga, Mohr-Siebeck).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010): *El delito de omisión* (Buenos Aires/Montevideo, BdeF).
- SINN, Arndt (2015): "Die Notwehr als Lotteriespiel", en Fahl et al. (eds.), *Festschrift für Werner Beulke* (Múnich, Müller), pp. 271-281.
- SOLER, Sebastián (1992): *Derecho Penal Argentino, Tomo I* (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina), 5<sup>a</sup> Edición, 10<sup>a</sup> Reimpresión.
- STAHL, André (2015): *Notwehr gegen Unterlassen* (Baden-Baden, Nomos).

*Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band I y II* (2006), editado por Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Berlín, De Gruyter), 12<sup>a</sup> Edición. Citado: Autor en LK.

*Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band II* (2003), editado por Jähnke/Laufhütte/Odersky (Berlín, De Gruyter), 11<sup>a</sup> Edición. Citado: Autor en LK11.

STRATENWERTH, Günther (1956): "Prinzipien der Rechtfertigung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 68, pp. 41-70.

STRATENWERTH, Günther; y KUHLEN, Lothar (2011): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Múnich, Beck), 6<sup>a</sup> Edición.

*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2012), editado por Rudolphi/Horn/Günther/Samson (Colonia, Carl Heymanns), 8<sup>a</sup> Edición, 132. Distribución. Citado: Autor en SK.

THIEL, Sven (2000): *Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen* (Fráncfort del Meno, Peter Lang).

VOGEL, Joachim (1993): *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten* (Berlín, Duncker & Humblot).

VON HIPPEL, Robert (1971): *Deutsches Strafrecht, Band 2: Das Verbrechen* (Aalen, Scientia, reimpresión de la edición de Berlín, 1930).

WAGENLÄNDER, Georg (2006): *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter* (Berlín, Duncker & Humblot).

WANG, Gang (2014): *Die strafrechtliche Rechtfertigung von Rettungsfolter* (Berlín, Duncker & Humblot).

WELP, Jürgen (1968): *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungäquivalenz der Unterlassung* (Berlín, Duncker & Humblot).

WESSELS, Johannes; BEULKE, Berner; y SATZGER, Helmut (2014): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Heidelberg, Müller), 44<sup>a</sup> Edición.

WILENMANN, Javier (2014a): *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. Die Dogmatik des Defensivnotstands im Strafrecht* (Tubinga, Mohr-Siebeck).

WILENMANN, Javier (2014b): *Sistema de derechos de necesidad y defensa en el derecho penal*, en *InDret* 3/2014.

VON WRIGHT, Georg (1972): *An Essay in Deontic Logic and in the General Theory of Action* (Amsterdam, North-Holland Publishing Company), Reimpresión de la primera edición de 1968.

ZAFFARONI, Eugenio; SLOKAR, Alejandro; y ALAGIA, Alejandro (2002): *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora), 2<sup>a</sup> Edición.

