

La legítima defensa frente a omisiones*

IVÓ COCA VILA

Becario de la Fundación Alexander von Humboldt
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

RESUMEN

El presente artículo se ocupa de uno de los problemas fundamentales que plantea la confluencia de la dogmática de la legítima defensa y el delito omisivo, a saber, si y frente a qué clase de omisiones cabe responder en legítima defensa. Tras analizar las tesis doctrinales que niegan de plano la posibilidad de responder en legítima defensa frente a omisiones y aquellas que sí reconocen –con carácter general o particular– dicha posibilidad, se procura aquí una revisión del tratamiento dogmático del problema desde el fundamento de la legítima defensa y la naturaleza jurídica del deber infringido por el agresor.

Palabras clave: *Legítima defensa, Agresión omisiva, Omisión, Estado de necesidad defensivo, Estado de necesidad agresivo, Deber de garante, Deber de socorro.*

ABSTRACT

This paper addresses the cardinal topic posed by the confluence of the theories of self-defense and omissive crime, namely if and against which kind of omissions it is allowed to respond in self-defense. After analyzing the doctrinal theses that categorica-

* El presente artículo trae causa de la ponencia presentada bajo el mismo título en las *IV Jornadas Internacionales en homenaje al Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez*, celebradas en la Universidad de Navarra entre los días 23 y 24 de febrero de 2017. A todos sus asistentes y, en especial, al Prof. Omar Palermo, agradezco sus valiosos comentarios, del mismo modo que agradezco al Prof. Marcelo Lerman su pormenorizada revisión crítica del manuscrito final. Este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «La traslación de la teoría del delito al Derecho penal económico y de la empresa». Referencia: DER2013-41252-P.

lly deny the possibility of responding in self-defense against omissions and those that recognize –with a general or particular character– this possibility, this paper aims at reviewing the dogmatic treatment of the problem from the foundation of self-defense and the legal nature of the duty violated by the aggressor.

Key words: *Self-defense, Attack by omission, omission, Defensive State of Emergency, Aggressive State of Emergency, Guarantor's duty, Duty to rescue.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La legítima defensa como respuesta frente a agresiones exclusivamente activas.–III. La legítima defensa frente a agresiones omisivas. 1. Introducción. 2. La legítima defensa frente a omisiones propias e impropias. 3. La legítima defensa frente a omisiones impropias: 3.1. La exclusión de la legítima defensa frente a omisiones propias. 3.2. Legítima defensa frente a la infracción de todo deber de garante. 3.3. La legítima defensa frente a la infracción de deberes de garante negativos. 3.4. La legítima defensa frente a la omisión del garante en cuya esfera se encuentra el foco de peligro.–IV. La legítima defensa como instrumento jurídico restitutorio frente a la infracción de deberes de garante. 1. Introducción. 2. La legítima defensa como instrumento jurídico restitutorio. 3. La taxonomía tripartita de los deberes jurídico-penales: deberes de competencia plena, preferente y mínima. 4. La legítima defensa como respuesta a la infracción de deberes de competencia plena. 5. La respuesta defensiva frente a la infracción de deberes de competencia preferente y mínima.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Que el socorrista que permanece de brazos cruzados tras advertir que un bañista pelagra de morir ahogado ha de responder penalmente por un homicidio es a día de hoy algo tan evidente como que el sujeto que es atacado sorpresivamente con un arma blanca puede defenderse violentamente frente a su injusto agresor. La legítima defensa, cuya legitimidad forma parte del núcleo más íntimo de certezas compartidas en la filosofía del Derecho y en la ciencia penal es, sin lugar a duda, una de las instituciones centrales en cualquier ordenamiento jurídico-penal contemporáneo. Por su parte, la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a un sujeto por un comportamiento omisivo, incluso en igualdad de condiciones respecto de la comisión activa de un delito, constituye también en la doctrina penal continental contemporánea un lugar común. Sin embargo, la relativa certidumbre que caracteriza ambos mundos por separado se desvanece tan pronto como

se llega al estuario donde confluyen (1). Hasta donde alcanzo, son tres, en esencia, las preguntas que plantea la toma en consideración conjunta de la dogmática del delito omisivo y de la legítima defensa.

Por un lado, se plantea la posibilidad de justificar en legítima defensa comportamientos (típicos) omisivos (*omisión en legítima defensa*). Al respecto, afirma la doctrina dominante alemana que la defensa necesaria puede consistir tanto en un actuar como en un mero omitir (2), de modo que, por ejemplo, la mujer que no libera al marido que ha sido encerrado por su hijo en el marco de una discusión omite de forma justificada cuando aquél amenaza en su encierro con acabar con la vida de ambos. Como demuestra el siguiente ejemplo, el escaso interés de la doctrina por esta clase de problemas no se justifica por su nimiedad: los ladrones (A) y (B) tratan de acceder a una fábrica escalando un muro conjuntamente, siendo que (A) se cae y queda gravemente herido. El propietario (P) de la fábrica descubre entonces a (A), pero omite socorrerle para evitar que (B) consume el robo (3). ¿Puede quedar en este caso justificada la omisión del socorro debido (art. 195 CP) en legítima defensa? (4).

Por el otro, surge igualmente el problema de cómo valorar la omisión que sigue a un comportamiento lesivo justificado en legítima defensa (*omisión tras legítima defensa*). Mientras que para algunos autores, quien se defiende en legítima defensa quedaría obligado para con el agresor finalmente agredido por un auténtico deber de garante (tras injerencia) (5); es seguramente mayoritaria en la actualidad la tesis según la cual el agredido que se defiende en legítima defensa

(1) Apunta el problema ya ARZT, *FS-Schaffstein*, 1975, pp. 81 y s.

(2) Cfr. KINDHÄUSER, «§ 32», *NK*, 4.^a ed., nm. 82; RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 156; GÜNTHER, «§ 32», *SK-StGB*, 7.^a ed., nm. 85; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1972, pp. 229 y s.; y en la doctrina española, *vid.* solo LUZÓN PEÑA, *PG*, 3.^a ed., 2016, p. 392, nm. 44, p. 583, nm. 45. De otra opinión, en cambio, ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 31, nm. 203; o KRATZSCH, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, 1968, pp. 22, 50: la defensa siempre tendría que ser activa.

(3) El ejemplo, levemente modificado, lo tomo de SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 16/82.

(4) La solución a este problema depende esencialmente de si (A) continúa siendo considerado injusto co-agresor tras quedar malherido. De ser así, en realidad, el propietario no estaría obligado por ningún deber de socorro. En este sentido, KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 135. Si, por el contrario, se entiende que (A) ya no agrede, la defensa necesaria recaería –en parte– sobre un tercero, por lo que la omisión del deber de socorro solo podría ser legítima cuando con ello se salvaguardara un interés esencialmente preponderante al que se deja a su suerte (estado de necesidad agresivo).

(5) Cfr. BÖHM, *Die Rechtspflicht zum Handeln*, 1957, p. 84; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1972, pp. 295 y ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, pp. 266 y ss., 271 y ss. Dubitativo al respecto, KÜHL, *AT*, 8.^a ed., 2017, § 18, nm. 95.

solo quedaría obligado para con su agresor –a la postre necesitado– por un deber general de socorro como el regulado en el art. 195 CP o el § 323c StGB (6). Lo contrario, esto es, considerar garante a quien se ha defendido en legítima defensa, supondría desconocer que el único responsable de la situación de necesidad es el propio injusto agresor necesitado. Frente a ambas tesis se abre paso todavía una tercera, que niega que el agredido que se defiende en legítima defensa esté obligado siquiera a socorrer al necesitado en virtud del deber general de solidaridad mínima (7). ¿Por qué la víctima que se defiende con éxito habría de ser solidaria –bajo amenaza de pena– con quien unos segundos antes ha intentado de forma plenamente responsable, p. ej., acabar con su vida? La previa agresión ilegítima le habría de privar al agresor incluso de su pretensión general de solidaridad, como mínimo, frente al sujeto agredido (8).

(6) Sin ánimo de exhaustividad, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el código penal*, 1966, pp. 236 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 10.^a ed., 2016, p. 336, nm. 66; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, 5.^a ed., 1998, pp. 407 y s.; JAKOBS, *ADPCP*, (52), 1999, p. 46; Roxin, *AT*, v. II, 2003, § 32, nm. 181 y ss.; FREUND, *AT*, 2.^a ed., 2009, § 6, nm. 74; KÜHL, *AT*, 8.^a ed., 2017, § 18, nm. 94; HAAS, «§ 13», *Matt/Renzikowski*, nm. 85; o RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 288.

(7) Dogmáticamente ello se articula, o bien negando la exigibilidad del deber o, directamente, negando la situación de necesidad típica requerida por el § 323c StGB (*Unglücksfall*). Cfr. en este sentido, Spindel, «§ 323c», *LK*, 11.^a ed., nm. 46; RENZIOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 229; VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, pp. 371 y s.; WOHLERS/GAEDE, «§ 323c», *NK*, 4.^a ed., nm. 5; KAHLO, *Die Handlungsform der Unterlassung*, 2001, pp. 355 y s.; o WALTHER, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 507 y s., p. 510, quien de *lege ferenda* entiende que el sujeto que se ha defendido habría de quedar tan solo obligado a solicitar auxilio.

(8) Cfr. VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, pp. 371, quien aboga por la limitación o incluso supresión del deber de solidaridad de los terceros para con el agresor en apuros. En mi opinión, aun siendo cierto que el Derecho no puede desconocer a la hora de imponer un deber de socorro que el necesitado responsablemente ha provocado a través de su injusta agresión (contra el posterior obligado) su situación de necesidad, esto no implica que el necesitado pierda toda pretensión de ser salvado. A imagen y semejanza de lo que acontece en los supuestos de estado de necesidad agresivo provocado (COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 341 y ss.), el necesitado verá mermada su pretensión solidarística, de modo que el agredido solo habrá de socorrer a su agresor cuando el interés de éste prepondere de forma extrema frente al suyo. El más mínimo riesgo de reviviscencia de la agresión exime al agredido del deber de socorro y, dado que la causación del peligro (conforme a Derecho) no es razón suficiente para atribuir al agredido una posición de competencia preferente (art. 195.3 CP) [vid. COCA VILA, *Indret*, (1), 2011, pp. 19 y ss.], aquél quedará tan solo obligado en virtud de lo establecido en el art. 195.1 CP. En este mismo sentido, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 327 y s.; y descartando el castigo *ex art.* 195.3 CP, vid. además DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 832 y s.

Y por último, se plantea igualmente la cuestión de si y en qué medida puede ejercerse legítima defensa frente a comportamientos típicos omisivos (*legítima defensa frente a una omisión*). Pese al escaso interés que tradicionalmente ha recibido esta cuestión en la discusión científica (9), éste es el principal y más complejo problema teórico que resulta de la confluencia de la dogmática de la legítima defensa y del delito omisivo. Cuatro son las cuestiones particulares principales que aquí se plantean. En primer lugar, es controvertido si y en su caso, qué tipo de omisión puede ser considerada agresión a los efectos del art. 20.4 CP. ¿Cabe agredir por omisión? ¿Cualquier garante agrede por omisión o solo el que ha causado previamente el peligro que no conjura? ¿Agrede quien deja de cumplir un deber de solidaridad mínima (art. 195 CP) o solo quien está obligado a evitar un resultado como garante? En segundo lugar, entre quienes aceptan que ciertas omisiones constituyen agresión a estos efectos, es igualmente controvertido tanto el momento en el que la agresión comienza a ser actual como el momento en el que deja de serlo (10). Se trata, en definitiva, de un problema parejo al del inicio y fin de la tentativa en el delito omisivo (11). Ni está claro, por ejemplo, en qué momento comienza la agresión omisiva de la madre que deja de alimentar a su hijo; ni el momento temporal, si es que en algún momento habría de poder justificarse, en el que la víctima que ha sufrido como consecuencia de una injusta agresión activa previa una lesión renal ya no puede recurrir de forma justificada al riñón de su agresor para salvar su propia vida (12). Esto último pone además a las claras el notable

(9) Hasta donde alcanzo, no existe en la literatura jurídico-penal española ningún trabajo dedicado a abordar de forma específica el problema. En Alemania sí se ocupan del problema monográficamente DENCKER, *Notwehr gegen Unterlassen*, 1953; y recientemente, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015. Y en sendos artículos doctrinales, LAGODNY, GA, 1991, pp. 300 y ss.; y SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 287 y ss.

(10) Con detalle, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 190 y ss.

(11) *Vid.* JOERDEN, *JuS*, (1), 1992, p. 27.

(12) Niegan la justificación de la extracción forzosa del órgano RÜPING, GA, 1978, p. 133; v. BUBNOFF, GA, 1968, pp. 69 y s.; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 12/26; o PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 315, n. 131. Para DENCKER, *FS-Frisch*, 2013, p. 490, la justificación quedaría descartada porque la extracción no podría *de facto* llevarse a cabo cuando el hecho agresivo todavía fuera reciente. Admite en cambio la justificación ENGISCH, *Der Chirurg*, (38), 1967, p. 254. En la discusión *iusfilosófica* anglosajona, ilustra el problema con meridiana claridad McMAHAN, *Social Research*, (74:1), 2007, pp. 101 y ss., 108 y ss.: aun aceptando que el trasplante del órgano no es una defensa, sino un acto de restitución natural, queda por explicar por qué el Derecho no habría de tolerar un acto de compensación de esta naturaleza, o lo que es lo mismo, por qué la víctima habría de soportar su propia muerte cuando puede salvarse a costa de quien autorresponsablemente le ha puesto en

riesgo de burla del requisito de la actualidad para las agresiones activas a través del reconocimiento de agresiones omisivas. En tercer lugar, e íntimamente ligado con lo anterior, se plantea asimismo en este ámbito de un modo especialmente relevante el problema clásico del carácter subsidiario de la legítima defensa frente a las vías institucionalizadas de resolución de conflictos, en especial, cuando está en juego la propiedad o la posesión (13). Aunque no se trata ésta de una cuestión exclusiva de la legítima defensa frente a agresiones omisivas, pues concierne a toda la dogmática de los derechos (privados) de defensa (14), lo cierto es que resulta especialmente complejo delimitar las agresiones omisivas actuales frente a las que cabría legítima defensa de los meros estados injustos de cosas que un sujeto se niega a poner fin y que solo pueden ser restablecidos en el marco de un proceso judicial. Finalmente, en cuarto y último lugar, la legítima defensa frente a omisiones plantea a su vez importantes dificultades a la hora de precisar los límites de la reacción defensiva necesaria. Con carácter general se afirma que legítima defensa frente a una agresión omisiva podría llevarse a cabo, o bien apremiando al obligado a llevar a cabo la actividad que evite el resultado, por ejemplo, a través de una amenaza; o bien siendo el propio tercero quien evita la realización del peligro a costa de los intereses del obligado omitente; por ejemplo, hurtándole la barca para llevar a cabo el salvamento que el obligado en primera instancia se niega a efectuar. Sin embargo, pese a ser quizá la primera la forma más relevante en la praxis de conjurar agresiones omisivas, resulta muy complejo definir hasta qué punto y de qué modo cabe forzar al omitente a cumplir su mandato (15). Por un lado, la

peligro. Tratando de poner en jaque nuestras intuiciones morales, McMAHAN lleva la problemática referida un paso más allá (p. 108): un sujeto, para salvar su vida, consigne extraer forzosamente a un tercero el órgano que precisa. Asumiendo que es facticamente posible, ¿pueden los terceros auxiliares necesarios practicar un nuevo trasplante forzoso para recuperarlo e implantárselo a quien le fue ilegítimamente arrebatado? Baste en este lugar con afirmar que quien expropia ilícitamente un órgano no agrede por omisión cuando se niega a restituirlo, pues no está obligado a devolverlo, ni siquiera en el marco de un procedimiento judicial. Un órgano humano, como *res extra commercium*, no puede ser objeto de obligación jurídica alguna (arts. 1271 CC).

(13) Cfr. al respecto ROBLES PLANAS, *Polít. crim.* (22), 2016, pp. 711 y ss.; o en detalle, LESCH, *Notwehrrecht*, 2000, pp. 57 y ss.

(14) Sobre la legítima defensa y la autotutela como excepciones al monopolio de la violencia estatal, cfr. p. ej., ISENSEE, *FS-Eichenberger*, 1982, pp. 27 y ss.

(15) Al respecto, con detalle, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 298 y ss.; y en la discusión filosófica, advierte claramente el problema ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, p. 218, pp. 226 y ss. Por su parte, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 45, restringe la legítima defensa a los supuestos en los que la acción va dirigida a controlar el peligro, negando la posibilidad de que la defensa vaya dirigida contra la persona que omite cumplir el

prohibición absoluta de la tortura o del trato lesivo de la dignidad del obligado excluiría por principio un amplio espectro de conductas defensivas *prima facie* necesarias (16). Por el otro, muchas de las medidas coactivas, en la medida en que es el propio omitente el que ha de cumplir su deber, resultan directamente inidóneas (17). ¿Qué sentido tiene amenazar de muerte a quien debo mantener en vida para que cumpla el deber de actuar que se niega a cumplir?

Pues bien, el presente trabajo se limita a analizar el problema de la legítima defensa frente a agresiones omisivas, más concretamente, la cuestión de si y frente a qué clase de omisiones cabe responder en defensa necesaria. Para ello, se analizan acto seguido (II) los argumentos de quienes niegan de plano la posibilidad de responder en legítima defensa frente a un comportamiento omisivo. Acto seguido se exponen las tesis de quienes sí aceptan esta facultad frente a un mero no hacer (III), ya sea con carácter general o ya sea solo frente a determinadas clases de omisiones. Finalmente, este trabajo concluye (IV) con una revisión del problema a partir del fundamento último de la legítima defensa y de la distinta naturaleza normativa de los deberes infringidos por el agresor: solo frente a la infracción responsable de deberes de garante cabe responder en legítima defensa, pues solo tales infracciones ponen en cuestión el núcleo esencial de la relación jurí-

deber de actuar. Salvando las distancias, se trata éste de un problema similar al de cómo proceder a la ejecución forzosa de obligaciones de hacer. La doctrina civilista contemporánea coincide en que el deudor refractario, p. ej., el pintor que se niega a acabar la obra debida, no puede ser forzado a cumplir la prestación activa (*nemo ad factum praecise cogi potest*). Para un análisis histórico de algunas excepciones al principio de la incoercibilidad del *facere*, cfr. HALLEBEEK, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, (10), 2013, pp. 216 y ss. A una posible coerción que lograra doblar la voluntad del deudor omitente se opondrían razones deontológicas (libertad y dignidad humana) y funcionales (acudir a la coacción directa no garantizaría la consecución del resultado útil para el acreedor). Al respecto, con detalle, MANRIQUE DE LARA MORALES, *ADC*, (3), 2001, pp. 1165 y ss., p. 1172. De forma consecuente, el ordenamiento procesal español se limita a prever, además del remedio indemnizatorio, el empleo de apremios personales o multas pecuniarias para tratar de conseguir que el deudor acabe cumpliendo en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo (art. 701 y ss. LEC). El sistema de ejecución de las obligaciones de hacer encuentra por último su cláusula de cierre en el delito de desobediencia de los arts. 410 y 556 CP.

(16) El problema ha sido vastamente tratado en el marco de la discusión sobre la «tortura salvadora». *Pars pro toto*, MERKEL, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 387 y ss.; HILL, *APQ*, (4), 2007, pp. 395 y ss.; KAUFMAN, *Ethics & International Affairs*, (1), 2008, pp. 93 y ss.; o, recientemente, GRECO, en *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, pp. 427 y ss.

(17) Poniendo de manifiesto el problema LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 172; Joerden, *JuS*, (1), 1992, pp. 27 y s.; o IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 43.

dica entre agresor y agredido cuya garantía legitima el recurso –prácticamente ilimitado– a la violencia privada.

II. LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO RESPUESTA FRENTE A AGRESIONES EXCLUSIVAMENTE ACTIVAS

En contra del sentir doctrinal mayoritario, existen todavía algunas voces que niegan a día de hoy la posibilidad de responder en legítima defensa frente a «meras» omisiones. Dos son los argumentos centrales esbozados en favor de esta tesis. En primer lugar, se recurre a un argumento de corte lingüístico: una «agresión», por definición, supone un ataque, un comportamiento activo (18). Este sería el único significado posible del término, tanto en el lenguaje natural, como jurídico, y ello no podría ser rebatido afirmando simplemente que el art. 11 CP o el § 13 StGB equiparan omisiones y acciones, pues tales cláusulas generales guardarían relación únicamente con los tipos delictivos, pero no les corresponde papel alguno a la hora de interpretar la noción de «agresión» en el ámbito de la legítima defensa (19). En segundo lugar, se afirma además que frente a una mera omisión, por definición, no cabría nunca una «defensa» en el sentido del art. 20.4 CP (20), pues ésta solo tendría sentido como reacción frente a quien inicia a través de su agresión un curso de lesión, pero no cuando se trata simplemente de conjurar un peligro que no crea el sujeto sobre el que habría de recaer la acción defensiva (21). La legítima defensa frente a omisiones, por definición, constituiría una legítima defensa que recae

(18) Así, PERRON, «§ 32», *S/S*, 29.ª ed., nm. 10; SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 289; JOERDEN, *JuS*, (1), 1992, pp. 26 y s.; el mismo, en *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 54 y s.; FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, pp. 193 y s.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 112; KORIATH, *JA*, (3), 1998, p. 253, n. 28; o KÜHN, *Vermögensnotwehr und Selbsthilfe*, 1925, p. 29. En la doctrina española, asimismo CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6.ª ed., 1998, pp. 212 y s.; o GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 337.

(19) Vid. SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 291 y s.; FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 194.

(20) En relación con el § 32 StGB, en este sentido, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 291; FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 194; o WEBBLAU, *FS-Stuby*, 2004, p. 407. Y en un sentido parecido, KAUFMAN, *Ethics & International Affairs*, (1), 2008, p. 109.

(21) Cfr. SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 290; FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 194; o HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 201, n. 19, p. 210, n. 31, quien no obstante acepta la posibilidad de legítima defensa frente a las omisiones que siguen a la provocación responsable del peligro, pues en tales casos sí cabría una «defensa» frente al peligro.

sobre un tercero. El peligro que amenaza al paciente cuando el médico se niega a tratarlo no proviene de éste, sino de la concreta enfermedad que padece el paciente. Y esto mismo valdría también cuando el omitente ha causado responsablemente el peligro (injerencia): lo único que pueden hacer la víctima (o su auxiliante) es forzar al omitente a que cumpla su deber, o injerirse en su esfera para llevar a cabo de propia mano la conducta necesaria, sin embargo, estas conductas no son defensivas, pues la «defensa» solo podría ser concebida como un acto de oposición o resistencia (22). En definitiva, una cosa es rechazar una agresión y otra muy distinta actuar o forzar al omitente a actuar en un determinado sentido para conjurar un peligro (23).

A partir de aquí, dos son las conclusiones extraídas en la doctrina contemporánea. Por un lado, es común en Alemania la tesis que sostiene la posibilidad de aplicar analógicamente el § 32 StGB para justificar hechos típicos frente a omisiones antijurídicas. Pese a que no se puede «agredir» por omisión, la equivalencia valorativa constatable entre algunas omisiones y las agresiones activas aconsejaría recurrir puntualmente a una interpretación analógica del § 32 StGB (24). Dado que se trataría de una analogía «*in bonam partem*», ésta no violentaría el principio de legalidad penal, al mismo tiempo que permitiría una aplicación controlada y restringida de la legítima defensa frente a omisiones (25). Así, por ejemplo, se afirma que solo cabría una legítima defensa –por aplicación analógica del § 32 StGB– cuando el agresor omite de forma contraria a deber la terminación de un estado antijurídico que ha provocado responsablemente (omisiones permanentes) (26), o cuando el agresor mantiene durante su fase omisiva el pleno dominio sobre una fuente de peligro (27).

Por otro lado, hay quien directamente ha extraído de lo anterior la conclusión de que no cabe bajo ningún concepto recurrir a la legítima defensa (ni directa, ni analógicamente) para justificar hechos típicos

(22) Así, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 291.

(23) Cfr. KAUFMAN, *Ethics & International Affairs*, (1), 2008, pp. 109 y s.

(24) Cfr. FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 195.

(25) Algo supuestamente imposible para quien aceptara que tales casos quedan cubiertos por los preceptos estándar reguladores de la legítima defensa. Así, FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 195, n. 8.

(26) Vid. PERRON, «§ 32», *S/S*, 29.^a ed., nm. 11, quien afirma además que el margen de actuaciones justificables en legítima defensa frente a omisiones quedaría sustancialmente reducido, por un lado, por la atipicidad de la coacción (*Nötigung*) no reprochable en atención a su fin (§ 240 II StGB); y, por el otro, por la primacía de las normas especiales de justificación frente a afectaciones de la propiedad contenidas en el BGB [§§ 228 (estado de necesidad defensivo), 229 (autotutela), 904 (estado de necesidad agresivo)].

(27) Cfr. FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 196.

frente a meras omisiones (28). Esta conclusión, apenas patrocinada en la doctrina contemporánea, no solo encontraría apoyo en el tenor literal de la ley, sino que vendría asimismo respaldada por un argumento teleológico: la problemática que suscita la misma posibilidad de reaccionar en legítima defensa frente a un mero no hacer es tanta y de tan difícil solución que sería preferible negar directamente dicha posibilidad. Piénsese solo en los problemas para definir la actualidad de la agresión por omisión, la necesidad (abstracta y concreta) de la conducta típica a justificar o la tortuosa relación entre las vías institucionalizadas de resolución de conflictos y la pretendida legítima defensa frente a omisiones. Estos y otros muchos obstáculos, en realidad, no harían más que poner en evidencia que la *ratio* misma de la regulación de la legítima defensa es incompatible con la respuesta frente a omisiones y que tales supuestos, en definitiva, habrían de ser resueltos por otras vías legales (29). A falta de una regulación especial como la de la autotutela del § 229 BGB (30), sería la del estado de necesidad

(28) Recientemente, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 292 y s.; y antes, de la misma opinión, MAYER, H., *AT*, 1967, § 22 II., 1, p. 97; o LISZY/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 25.^a ed., 1927, p. 183. En la doctrina española, así también CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6.^a ed., 1998, pp. 212 y s., n. 16; o GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 337.

(29) Así, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 294 y ss., examinando detalladamente los varios puntos críticos de la legítima defensa frente a omisiones. JOERDEN, *JuS*, (1), p. 28, propone *de lege ferenda* la incorporación al StGB de una regla especial para la justificación de la autotutela penal. En un sentido parecido, aunque sin negar la posibilidad del recurso entretanto a la legítima defensa, GÜNTHER, «§ 32», *SK-StGB*, 7.^a ed., nm. 33.

(30) Según el § 229 BGB: *Quien para una finalidad de autotutela toma una cosa, la destruye o la daña, o quien para una finalidad de autotutela detiene a un obligado sospechoso de fuga o impide la contravención del obligado a un comportamiento que debe soportar, no actúa de forma contraria a derecho si no puede obtenerse a tiempo el auxilio de la autoridad y, sin una intervención inmediata, existe el peligro de frustrar o dificultar considerablemente la ejecución de la pretensión.* El ordenamiento jurídico español no solo no contiene una norma general reguladora de la autotutela como la del § 229 BGB, sino que castiga en el art. 455 CP la realización arbitraria del propio derecho fuera de las vías legales cuando media violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Tampoco conoce nuestro sistema civil de un precepto concordante con el § 859 BGB, donde se regula específicamente la autotutela del poseedor, autorizándole a defenderse de la privación ilícita mediante el uso de la fuerza inmediatamente después de la privación. Ahora bien, esto no significa que nuestro ordenamiento jurídico no conozca la figura de la autotutela privada. Por un lado, de forma análoga a lo establecido en el § 859 BGB, cabe entender que en virtud del art. 446 CC el legítimo poseedor despojado puede recuperar la posesión cuando este segundo despojo se produce *incontinenti* de cometido el primero. Cfr. COCA PAYERAS, «Art. 442», en *Comentario del Código Civil*, t. I, 1991, p. 1192. Por otro lado, nuestro CC prevé además algunas formas específicas de autotutela. Así, p. ej., el art. 592 CC autoriza al dueño del fundo a cortar por sí mismo las raíces invasoras de los árboles vecinos. Al respecto, COCA PAYERAS, «Art. 592», *ob. cit.*, p. 1501, refirién-

(agresivo o defensivo) la que ofrecería el baremo para la justificación de la reacción violenta frente al obligado omitente.

III. LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A AGRESIONES OMISIVAS

1. Introducción

Frente a las tesis acabadas de referir son mayoría las voces en la doctrina actual que aceptan la legítima defensa frente a algunas clases de omisiones (31). En favor de esta tesis se arguye, en primer lugar, que no es cierto que el término «agresión» deba entenderse necesariamente como un comportamiento activo, sino que también cabría agredir por omisión (32). Esta interpretación se situaría dentro del sentido posible del término. En segundo lugar, se afirma que tampoco es cierto que solo quepa una «defensa» frente a comportamientos activos. Aunque el peligro no sea reconducible en términos naturalísticos al omitente, éste es normativamente atribuido al obligado a conjurarlo, por lo que cabe afirmar que la conducta idónea y necesaria para que el obligado cumpla finalmente su deber constituye una auténtica defensa legítima (33). Es decir, el agredido puede defenderse frente a quien omite, pues normativamente él es el responsable del peligro que caracteriza la situación de necesidad.

dose a esta figura como «uno de los vestigios que quedan en el CC de la llamada defensa privada o autodefensa». Y a esta misma lógica responde el vigente art. 612 CC, donde se autoriza al propietario del enjambre escapado a perseguirlo sobre el fundo ajeno. Como señala PANTALEÓN PRIETO, «Art. 612», en *Comentario del Código Civil*, t. I, 1991, p. 1557, se trata ésta de una «específica facultad de autotutela, no subordinada a los presupuestos del estado de necesidad». Y aunque resulta mucho más discutible, en consonancia con lo establecido en el § 704 BGB, cabría admitir asimismo en virtud de los arts. 1780 y 1783 CC un derecho de prenda del hostelero sobre las cosas del huésped introducidas y declaradas (en tanto que depósito necesario) por sus créditos de alojamiento. A esta interpretación, sin embargo, se opondría el hecho de que los créditos de alojamiento no son o, no exclusivamente, «por razón del depósito» de los efectos o enseres, tal y como exige el art. 1780 CC.

(31) En la jurisprudencia española se ha reconocido en ocasiones la posibilidad de considerar agresión un comportamiento omisivo que amenaza un bien jurídico defendible en legítima defensa. En este sentido, *vid.* p. ej., la STS de 21 de octubre de 1997, ponente BACIGALUPO ZAPATER, en la que se niega sin embargo la legítima defensa al policía que golpea a un cazador furtivo que se resiste a entregarle un hurón.

(32) *Cfr.*, p. ej., LAGODNY, *GA*, 1991, p. 302.

(33) Así, p. ej., *vid.* ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 10.

No obstante, entre quienes aceptan las anteriores premisas y, por consiguiente, admiten una legítima defensa frente a un comportamiento meramente omisivo, son también muchos los que tratan de buscar fórmulas adicionales para evitar un temido desbordamiento de la legítima defensa frente a omisiones (34). En este sentido, por ejemplo, es común la afirmación según la cual frente a los incumplimientos de meras obligaciones jurídico-privadas no cabría nunca ejercer legítima defensa (35). Así pues, nadie podría forzar al pintor a cumplir con su obligación de hacer en el marco de una relación contractual, o expulsar de la vivienda violentamente al inquilino que se niega a hacerlo tras haber finalizado el contrato de alquiler (36). Asimismo, hay quienes apartándose de la dogmática tradicional de la legítima defensa exigen que la omisión constituya la infracción de un deber de naturaleza jurídico-penal (37); o quienes abogan directamente por limitar la legítima defensa frente a las omisiones que no ponen fin a estados permanentes «antijurídicos» (38), por ejemplo, contra el carcelero que no pone en libertad al preso cuanto tiene el deber de hacerlo, o contra los clientes que se niegan a abandonar el local cuando su propietario les insta a marcharse. Por último, es asimismo común en Alemania la alusión a la necesidad de interpretar extensivamente la cláusula de atipicidad por «no reprochabilidad» (*Verwerflichkeitsklausel*) del delito de coacciones (§ 240 StGB), de modo que se cercenaría en la praxis de forma muy significativa el alcance de la legítima defensa frente a comportamientos meramente omisivos (39).

(34) Advierte de los peligros de un desbordamiento del instituto de la legítima defensa frente a omisiones, FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, pp. 195 y ss.

(35) Pues, de lo contrario, el monopolio de la coacción estatal en la imposición de derechos absolutos y relativos jurídico-privados quedaría absolutamente desvirtuado. Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4.ª ed., 2006, § 15, nm. 12; RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.ª ed., nm. 105; ERB, «§ 32», *MK*, 3.ª ed., nm. 68 y ss.; o tempranamente, STRATENWERTH, *ZStW*, (1), 1956, p. 62.

(36) Con ulteriores referencias, cfr. solo STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 154 y ss.

(37) Cfr. p. ej., GEILEN, *Jura*, (4), 1981, p. 204; o JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, § 32 II 1a.

(38) Así, p. ej., SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 9/71; el mismo, *AT Stb.*, 2.ª ed., 1984, 6/59; o de parecida opinión, KRETSCHMER, *RuP*, 2003, pp. 111 y s. Para PERRON, «§ 32», *S/S*, 29.ª ed., nm. 11, este sería uno de los pocos casos en los que cabría en principio legítima defensa a través de una aplicación analógica del § 32 StGB, pues «la no terminación de un estado permanente creado antijurídicamente es todavía una agresión antijurídica actual a través de un actuar activo». En la doctrina española, en un sentido parecido, BARRAGÁN MATAMOROS, *La legítima defensa actual*, 1987, p. 37.

(39) Cfr. PERRON, «§ 32», *S/S*, 29.ª ed., nm. 11; o anteriormente, SCHMIDHÄUSER, *AT Stb.*, 2.ª ed., 1984, 6/59.

Sea como fuere, más allá de estos planteamientos restrictivos parciales, la discusión doctrinal contemporánea parece centrarse en definir a partir de la teoría del delito omisivo frente a qué clase de omisiones cabría ejercer legítima defensa. Más concretamente, la discusión gira, por un lado, en torno a la posibilidad de admitir la legítima defensa frente a omisiones propias, en especial, frente a la omisión del socorro debido (art. 195 o § 323c StGB). Por el otro, entre quienes niegan esta posibilidad y solo reconocen la legítima defensa frente a delitos omisivos improprios es asimismo objeto de debate la concreta naturaleza jurídica que ha de presentar el deber de garante que deja de cumplir el agresor. Veamos a continuación todo ello en detalle.

2. La legítima defensa frente a omisiones propias e impropias

Entre quienes aceptan la idea de una agresión por omisión son muchos los autores que consideran que a tal efecto es irrelevante que se impute o no el resultado no evitado al omitente (40). Dado que el concepto de agresión en la legítima defensa no guardaría relación con el riesgo de producción de un resultado penalmente típico en el sentido de los delitos de resultado, sino única y exclusivamente con el peligro real e inmediato de menoscabo para bienes jurídicos ajenos (41), cabría ejercer legítima defensa tanto frente al

(40) En este sentido, OTTO, *AT*, 7.ª ed., 2004, § 18, nm. 18, n. 11; ROSENAU, «§ 32», *SSW-StGB*, 3.ª ed., nm. 6; RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.ª ed., nm. 101; GÜNTHER, «§ 32», *SK-StGB*, 7.ª ed., nm. 30; HERZOG, «§ 32», *NK*, 3.ª ed., nm. 13; SPENDEL, «§ 32», *LK*, 11.ª ed., nm. 47; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, 1987, p. 123; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 293 y s.; LAGODNY, *GA*, 1991, pp. 304 y s.; o DENCKER, *Notwehr gegen Unterlassen*, 1953, pp. 45 y ss., p. 52, quien solo admite la justificación de la conducta que fuerza al obligado a cumplir su deber. Aunque exigiendo que el deber tenga naturaleza penal, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, § 32 II 1a; o GEILEN, *Jura*, (4), 1981, p. 204. En la doctrina hispano-hablante, admiten la legítima defensa frente a omisiones puras, NINO, *La legítima defensa*, 1982, pp. 102 y s.; DÍAZ-PALOS, *La legítima defensa*, 1971, pp. 109 y s.; RUSCONI, *La justificación en el Derecho penal*, 1996, pp. 14 y ss.; y próximo, MOLINA FERNÁNDEZ, *RJUAM*, (25), 2012, p. 24. No excluye su «posibilidad conceptual», IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 45.

(41) En este sentido, *vid.* HERZOG, «§ 32», *NK*, 3.ª ed., nm. 13; o LAGODNY, *GA*, 1991, p. 305; y tempranamente, de forma meridiana, DENCKER, *Notwehr gegen Unterlassen*, 1953, p. 48. *Vid.* además IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 45, para quien «únicamente cabe legítima defensa si la omisión lesiona o pone en peligro o al menos incrementa el riesgo concreto para bienes jurídicos individuales».

garante que no evita un resultado como frente al sujeto que incumple su deber general de solidaridad. Es más, en realidad, tanto al obligado general conforme al art. 195 CP, como al especial en virtud del art. 11 CP, se les exigiría exactamente lo mismo, esto es, contribuir a la conjura de un peligro para un bien jurídico ajeno. La referencia a la solidaridad no empecería para afirmar que también en un delito omisivo puro como el del art. 195 CP se trata, en última instancia, de proteger bienes personales del sujeto en situación de desamparo. Así las cosas, agrede quien –infringiendo su deber– deja de conjurar un peligro para bienes jurídicos protegidos, con independencia de que el obligado lo esté a evitar un resultado (omisión impropia) o a llevar simplemente a cabo una actividad (omisión propia) (42).

En la doctrina alemana se han esbozado además dos argumentos adicionales de naturaleza sistemática en favor de la admisión de una legítima defensa frente a omisiones puras, en particular, frente a quien omite cumplir el deber general de socorro del § 323c StGB. Por un lado, ha afirmado Lagodny que si se acepta como hace la doctrina mayoritaria la posibilidad de agredir a través de un delito de mera actividad, habrá de reconocerse igualmente la posibilidad de una agresión a través de un delito omisivo puro, pues esta clase de delitos no serían sino la contracara de los delitos de mera actividad (43). Por el otro, ha de ser traído aquí igualmente a colación el argumento de coherencia sistemática argüido por Renzikowski: si, como generalmente se afirma, el deber de tolerancia en estado de necesidad agresivo no es más que la modalidad obligacional pasiva del deber de solidaridad mínima del § 323c StGB o, en nuestro caso, del art. 195 CP, y resulta que la interrupción de un curso salvador en estado de necesidad agresivo constituye una agresión a los efectos del § 32 StGB (o del art. 20.4 CP), no habría razón por la que la infracción de ese mismo deber a través de una omisión no constituyera agresión en el sentido propio de la legítima defensa. La equivalencia estructural del deber de socorro y del deber de tolerancia en situaciones de estado de necesidad agresivo exigiría, más bien, un tratamiento idéntico a la hora de definir los mecanismos de defensa o garantía de esa misma y única obligación (44).

(42) Cfr. RÖNNAU/HÖHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 103.

(43) LAGODNY, *GA*, 1991, p. 305

(44) Con detalle, RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 293.

3. La legítima defensa frente a omisiones impropias

3.1 LA EXCLUSIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A OMISIONES PROPIAS

En la actualidad son muchos los autores que, pese a admitir con carácter general la posibilidad de responder en legítima defensa frente a las omisiones, niegan tal facultad frente al omitente no garante. Dos son, en esencia, los argumentos esgrimidos en este sentido. Por un lado, es común la afirmación según la cual el mero incumplimiento de un deber de solidaridad mínima no podría ser considerado una agresión a los efectos de la legítima defensa, pues en la omisión propia, a diferencia de lo que sucede en la impropia, no se castiga la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico (45). En realidad, aunque se admitiera que el art. 195 CP protege efectivamente los bienes jurídicos del necesitado, la imposibilidad de imputar el resultado lesivo al omitente impediría hablar de una agresión contra los bienes jurídicos de un sujeto, de modo que éste tampoco podría responder contra el omitente en defensa de tales bienes (46). Por otro lado, se señala en este mismo sentido que sería incongruente o materialmente inadecuado admitir una defensa que permite graves intromisiones en los bienes del agresor, incluso la muerte, atendiendo a la escasa entidad normativa de los deberes de solidaridad mínima (47). La menor dignidad normativa de tales deberes y, por consiguiente, de su infracción, quedaría patente tanto en la pena prevista en el CP, en España una pena de multa de tres a doce meses (art. 195.1 CP), como en la amplitud con la que se configuran la cláusulas de inexigibilidad en tales preceptos (48). Resultaría axiológicamente injustificable permitir—en legítima defensa—graves

(45) Así, tempranamente, WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 84; ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 13; o LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 161, 166 y s. De parecida opinión, MURMANN, *Grundkurs*, 3.^a ed., 2015, § 25, nm. 78.

(46) Así, ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 10; Erb, «§ 32», *MK*, 3.^a ed., nm. 70; FRISTER, *AT*, 7.^a ed., 2015, p. 217, nm. 10.

(47) En este sentido, p. ej., ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 13; o WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 46.^a ed., 2016, nm. 485. Por su parte, MOLINA FERNÁNDEZ, *RJUAM*, (25), 2012, p. 24, reconoce el problema de congruencia axiológica pero señala que si «expresamente se afirma que la defensa no debe ser proporcional, sino tan sólo la racionalmente necesaria para combatir el hecho antijurídico restableciendo el derecho, y a la vez la omisión de socorro es un hecho ilícito, no se ve muy bien cómo hacer valer esta restricción sin contradecir el propio punto de partida».

(48) Cfr. MURMANN, *Grundkurs*, 3.^a ed., 2015, § 25, nm. 78. En este sentido, *vid.* también JOERDEN, en *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 53 y ss.

intromisiones en la esfera del omitente cuando resulta que el deber general de socorro que se niega a cumplir únicamente nace cuando su cumplimiento no le supone al obligado apenas sacrificio alguno (49). Así las cosas, solo cabría defender al necesitado en estado de necesidad (agresivo) (50), esto es, imponerle coactivamente los mismos costes que el deber general de socorro que se niega a cumplir le exigía.

Junto a estos dos argumentos, debe aquí hacerse referencia finalmente a la réplica al uso formulada contra las acusaciones de incoherencia sistemática vertidas por Renzikowski y Lagodny. En contra de lo que afirma este primer autor, no sería incongruente tratar –a los efectos de la legítima defensa– de forma disímil la interrupción de un curso salvador y la infracción de un deber de solidaridad mínima. Quien interrumpe ese curso, actúa, se comporta activamente, creando un nuevo riesgo jurídicamente desaprobado contra el beneficiario del curso salvador, por lo que cabría responder frente a él en legítima defensa. En cambio, quien omite socorrer al extraño en peligro no estaría creando un nuevo riesgo, no agrede al necesitado, sino que simplemente deja de conjurar un peligro preexistente. Esta diferencia es la que justificaría que en el primer caso sí se reconozca la legítima defensa, pero no en el segundo (51). Y en contra de lo que afirma Lagodny, por un lado, se ha cuestionado que los delitos omisivos puros constituyan la contracara de los delitos de mera actividad; mientras que, por el otro, se ha señalado que quien realiza el tipo de un delito de mera actividad está poniendo en peligro a través de su actuar un bien jurídico, quedando obligado a evitar la realización del peligro conforme al art. 11 CP, a diferencia de lo que sucedería con quien realiza el tipo del art. 195 CP que, a falta de una posición de garante, no queda obligado en tales términos a conjurar el peligro. Consecuentemente, nada se opondría a un tratamiento diferenciado a los efectos

(49) Sobre la relación entre los costes que exige el deber y los que se le pueden imponer forzosamente al obligado que lo incumple para que de finalmente satisfacción al deber, cfr. ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 207 y ss., p. 223; quien entiende que la omisión responsable en t2 justifica la imposición en t3 de un deber de soportar mayores sacrificios de los inicialmente exigidos conforme al deber de socorro en t1. Todavía más claro en este mismo sentido, cfr. BARRY/ØVERLAND, *Social Theory and Practice*, (40:4), 2014, pp. 571 y ss.

(50) Así, aunque sin concretar si se trataría de un estado de necesidad agresivo o defensivo, ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 13. Para FRISTER, *AT*, 7.^a ed., 2015, p. 217, nm. 10, solo cabría injerirse en la esfera del omitente conforme a la regla del estado de necesidad agresivo.

(51) Así, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 86 y s.

de la legítima defensa de los delitos omisivos propios y de los de mera actividad (52).

3.2 LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A LA INFRACCIÓN DE TODO DEBER DE GARANTE

Para un importante sector doctrinal, quizá mayoritario, cabría reaccionar en legítima defensa únicamente frente al garante que deja de cumplir su obligación –penalmente respaldada– de evitar un concreto resultado lesivo (53). En favor de esta conclusión se suele afirmar que solo la omisión del garante constituiría agresión porque solo entonces cabría atribuirle el menoscabo del bien jurídico que no evita como si activamente lo hubiera provocado (54). Solo los garantes, aunque toda clase de garantes, podrían agredir a través de su omisión en el sentido de la legítima defensa.

A esta misma conclusión llega también Lesch, aunque recorriendo una vía argumental parcialmente distinta. La noción de agresión anti-jurídica en la legítima defensa se definiría, con total independencia de su carácter activo u omisivo, como la amenaza del menoscabo de derechos subjetivos por parte del garante que es competente por la

(52) Así, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 87 y s., con ulteriores referencias.

(53) En este sentido, entre otros muchos, ROXIN, *AT*, v. I, 4.ª ed., 2006, § 15, nm. 11; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 12/21; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.ª ed., 2011, § 9, nm. 65; FRISTER, *AT*, 7.ª ed., 2015, p. 217, nm. 10; MURMANN, *Grundkurs*, 3.ª ed., 2015, § 25, nm. 78; ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 10; o SANGUERO, *Self-Defence in Criminal Law*, 2006, pp. 121 y s., p. 139, quien admite –sin ulteriores distinciones– la legítima defensa frente a omisiones, aunque en todos los ejemplos que presenta parece tratarse de la omisión de un obligado especial. Para RODRÍGUEZ OLIVAR, *La legítima defensa imprudente*, 2008, pp. 80 y ss., la agresión «puede producirse por omisión, fundamentalmente por su modalidad comisiva». Por su parte, ERB, «§ 32», *MK*, 3.ª ed., nm. 70, quien niega la legítima defensa frente a omisiones puras, sostiene sin embargo una tesis notablemente extensiva de la institución: no habría razón por la que limitar la legítima defensa a la respuesta frente a la infracción de deberes de garante jurídico-penales. Si resulta que la agresión activa no tiene por qué ser penalmente típica, tampoco habría de serlo la omisiva. Así las cosas, no cabría limitar la legítima defensa a la respuesta frente a un delito omisivo impropio. Bastaría con que existiera una posición de garantía dispuesta para la evitación de menoscabos para bienes jurídicos de modo tal que, en caso de estar penalmente protegido el bien jurídico en peligro, la omisión del obligado pudiera acabar generando responsabilidad penal. Así, p. ej., cabría según ERB reaccionar en legítima defensa frente al sujeto que por error difunde en internet informaciones que afectan a la esfera íntima de un sujeto y que posteriormente se niega a borrar.

(54) Cfr. p. ej., STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.ª ed., 2011, § 9, nm. 65.

evitación de tal menoscabo (55). El garante de la evitación de un resultado lo puede ser en virtud de la institución básica negativa, esto es, el principio del *neminem laede*; o bien en virtud de instituciones positivas del mismo peso que la negativa, por ejemplo, en virtud de la relación institucional paterno-filial. Ahora bien, las instituciones positivas de menor relevancia, aun cuando puedan quedar garantizadas jurídicamente, lo estarán siempre en menor medida, a través de deberes de solidaridad que no gravan a un sujeto con auténticas posiciones de garantía por la evitación de un resultado lesivo (56). Si resulta que solo puede agredir en el sentido de la legítima defensa quien es considerado garante, queda lógicamente descartada de antemano la posibilidad de responder en legítima defensa frente a quien desatiende un deber de solidaridad mínima, al mismo tiempo que se reconoce un derecho de legítima defensa frente a todo garante que no satisface su deber de actuar, con independencia del fundamento negativo o positivo del deber infringido.

Mención aparte merece, en último lugar, el planteamiento de Silva Sánchez y de Jakobs, quienes limitan el derecho pleno de legítima defensa frente a las omisiones impropias que no evitan la lesión de bienes jurídicos individuales. En este sentido, señala Silva Sánchez que «[l]as omisiones propias y ciertos casos de comisión por omisión, son excluidos del concepto de agresión ilegítima (presupuesto de la legítima defensa) porque, a pesar de ser penalmente antijurídicos, no ponen en peligro bienes jurídicos individuales, sino a lo sumo supra-individuales, y la agresión ha de dirigirse contra bienes individuales». Consecuentemente, «[s]olo en estado de necesidad, pues, puede tratarse de impedir tales comportamientos» (57). Y a partir de esta misma distinción entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales puede afirmar Jakobs que solo cabría legítima defensa en sentido estricto frente a la infracción de un deber de garante que protege bienes jurídicos individuales (58). Si se trata de una posición de garante para la protección de bienes en manos públicas o de deberes generales de solidaridad, la facultad de legítima defensa quedaría limitada por las particularidades propias del auxilio necesario del Estado. Esto significa, básicamente, que el derecho de defensa frente a tales omisiones

(55) Cfr. LESCH, *FS-Dahs*, 2005, pp. 93 y ss., pp. 101 y s.; el mismo, *Notwehrrecht*, 2000, pp. 36 y ss. En un sentido prácticamente idéntico, *vid.* además TIMPE, *Die Nötigung*, 1989, pp. 74 y s., n. 10; o recientemente WILENMANN, *LH-Etcheberry*, 2016, pp. 275 y ss.

(56) *Vid.* LESCH, *FS-Dahs*, 2005, p. 92.

(57) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (35), 1982, p. 671.

(58) Así, JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 12/21.

queda «a medio camino entre la legítima defensa y el estado de necesidad», pues aunque «la proporcionalidad entre el bien defendido y el que se lesiona en la defensa tiene en este ámbito el mismo significado que en el resto de supuestos de legítima defensa» (59), este derecho quedaría condicionado a la imposibilidad de recabar la protección policial y a la inexistencia de un canal institucionalizado previsto para la conjura del peligro en cuestión (60).

3.3 LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A LA INFRACCIÓN DE DEBERES DE GARANTE NEGATIVOS

Una tesis algo más restrictiva que la acabada de presentar es la defendida por Palermo. Dicho autor asume que la infracción de ciertos deberes positivos, no todos, sería equivalente a la infracción de un deber negativo (61). Ello sería posible cuando la institución generadora del deber positivo tiene la misma relevancia social que la institución «libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias» (62). En pocas palabras, existirían deberes de garante de origen negativo y de origen positivo. Ahora bien, esto no supone que frente a ambas clases de deberes quepa ejercer legítima defensa. Dado que para Palermo la legítima defensa se fundamentaría exclusivamente en la infracción de un deber negativo, es decir, en el cuestionamiento de la separación básica de esferas de libertad a partir del principio del *neminem laede*, dicha facultad de amparo quedaría reservada frente a la infracción de deberes negativos, sea por acción o por omisión. Esto significa, pues, que solo cabría ejercer legítima defensa frente al sujeto que infringe un deber de aseguramiento de una fuente de peligro, un deber de salvamento tras asunción o un deber de salvamento tras un actuar precedente (injerencia) (63). En cambio, frente al padre que no salva a su hijo de morir ahogado, pese a ser este garante y la infracción de su deber positivo normativamente equiparable a la

(59) Cfr. JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 12/13.

(60) Sobre los límites al auxilio necesario del Estado, JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 12/3 y ss.; o el mismo, *Derecho Penal y Criminología*, (34), 2013, pp. 18 y ss.: «al fiscal que se niega a presentar la acusación ante el Tribunal competente se le ha de hacer entrar en razón mediante un recurso de vigilancia penitenciaria y no, por ejemplo, maltratarlo hasta que acabe por acusar».

(61) PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 236 y ss.

(62) PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 236.

(63) PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 218 y ss.

infracción de un deber negativo, no cabría ejercer legítima defensa, sino, a lo sumo, un estado de necesidad agresivo (64).

3.4 LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A LA OMISIÓN DEL GARANTE EN CUYA ESFERA SE ENCUENTRA EL FOCO DEL PELIGRO

Por último, ha de aludirse aquí a la extendida tesis según la cual solo cabría ejercer legítima defensa frente al garante que omite conjurar el riesgo que es reconducible a un foco de peligro situado en su propia esfera (65). A partir de esta idea principal, son varias las tesis – de diferente matiz– desarrolladas en la discusión contemporánea. Así, por ejemplo, sostiene Hruschka que solo constituye agresión a los efectos de la legítima defensa la infracción de deberes de aseguramiento (*Sicherungspflichten*), ya sea por peligros provenientes de cosas situadas en la propia esfera de organización, ya sea por el propio comportamiento peligroso previo (66). En cambio, el garante que infringiendo deberes de custodia (*Obhutspflichten*) no conjura un peligro de cuyo surgimiento no es responsable, no agrede a los efectos que ahora importan, pues no cabe «defenderse» frente a quien nada tiene que ver con el peligro que caracteriza la situación de necesidad (67). Esto significa, entre otras cosas, que tampoco frente al garante que ha asumido de *facto* una función de protección o custodia (*Obhutsgarant*) cabría ejercer legítima defensa, piénsese en el socorrista que no se lanza al agua a socorrer al niño que peligra de morir ahogado; como tampoco sería posible ejercerla frente al padre que tras sufrir su hijo un accidente fortuito omite posteriormente socorrerlo.

(64) Cfr. PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 240 y ss., quien sin embargo, *de lege ferenda*, aboga por reconocer un derecho de defensa frente al obligado positivo de mayor alcance, similar al propio de las situaciones de estado de necesidad defensivo. Cfr. *infra* n. 143.

(65) Cfr. p. ej., MAURACH/ZIPF, *AT*, v. I, 8.ª ed., 1992, § 26 II, nm. 9, para quienes lo decisivo es que la fuente del peligro se encuentre en el ámbito de responsabilidades jurídicas del omitente; o en un sentido menos normativista, FUCHS, *Grundfragen der Notwehr*, 1986, pp. 78 y s.: solo constituye agresión aquel comportamiento que amenaza la esfera de domino fáctica de un tercero, esto es, que amenaza con provocar una modificación de un estado de cosas real. Esto significa, que constituye agresión aquella omisión reconducible normativamente a la esfera del omitente que tiene como consecuencia la *modificación de las relaciones fácticas en el ámbito de dominio del afectado*. En definitiva, la «legítima defensa frente a omisiones solo está permitida cuando el deber de actuar traiga causa en una posición de garantía de control de fuentes de peligro» (p. 79).

(66) HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 201.

(67) HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 201, n. 19; el mismo, *JuS*, (6), 1979, p. 393. Sobre la distinción entre deberes de aseguramiento y deberes de custodia en su planteamiento, *vid.* HRUSCHKA, *JuS*, (6), 1979, pp. 386 y ss.; el mismo, *AT*, 2.ª ed., 1988, pp. 118 y ss.; 157 y ss.

Y una concepción similar, cuando no idéntica a la anterior, es la defendida entre nosotros por Baldó Lavilla, para quien solo cabría «legítima defensa frente a comportamientos con sentido omisivo que acarreen un riesgo *ex ante* objetivamente idóneo de lesión para la esfera de intereses del sujeto necesitado –defensor– que parta de la esfera organizativa del eventualmente afectado por la acción defensiva» (68). De este modo quedarían ya fuera del concepto de agresión tanto las infracciones de deberes generales de amparo activo (solidaridad mínima), como las de deberes especiales de garante de amparo activo, por ejemplo, el deber de socorro cualificado del artículo 195.3 CP o, si no lo entiendo mal, deberes especiales de amparo activo tras actos de libre asunción (69). Esto se explicaría por el hecho de que el garante con una función de amparo activo solo respondería por no salvaguardar al sujeto necesitado frente a fuentes de peligro ajenas, pero no por dejar de contener un peligro que parte de la propia esfera organizativa (70). *Sensu contrario*, la facultad de legítima defensa o, como prefiere Baldó Lavilla, de defensa necesaria quedaría restringida a la respuesta frente a infracciones plenamente imputables de deberes especiales de garante de aseguramiento, esto es, frente a deberes que imponen una prestación activa de control o aseguramiento de fuentes de peligro que se encuentran en la propia esfera organizativa del sujeto frente al que se dirige la defensa (71). Esto significa, por ejemplo, que cabría ejercer legítima defensa frente al sujeto que ya ha terminado de instalar una bomba de explosión retardada y se niega a desconectarla; pero no frente al padre que contempla pasivamente como se ahoga su hijo (72).

(68) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 264.

(69) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 272.

(70) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 272.

(71) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 272: «Cabe legítima defensa frente a todo garante con función de control de cualquier equipo, maquinaria o industria peligrosos o, en general, frente a todo garante por una función de control o aseguramiento de fuentes de peligro propias, cuando el no control de éstas amenaza a terceros». Sobre el concepto de deber especial de aseguramiento activo de fuentes de peligro propias, *ob. cit.*, pp. 56 y ss.

(72) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 275. A una conclusión similar, aunque a través de un camino algo distinto, llega FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, pp. 195 y ss. Este autor asume la necesidad de recurrir a una aplicación analógica del § 32 StGB en aquellos supuestos en los que, desde el prisma de la protección jurídica de bienes, es absolutamente irrelevante si la puesta en peligro se explica por una acción o una omisión. A fin de evitar una temida expansión incontrolada de la legítima defensa frente a omisiones, reco-

Por su parte, Luzón Peña, en consonancia con su concepción de la comisión por omisión basada en el criterio de la creación o aumento del riesgo (73), entiende que la agresión puede venir representada en casos marginales por una omisión, siempre que ésta «ponga en peligro bienes jurídicos, es decir, cuando constituya omisión impropia o comisión por omisión (de la que socio-normativamente se puede afirmar que crea o aumenta el peligro para bienes jurídicos) en fase de tentativa» (74). O lo que es lo mismo, «sólo será agresión la *omisión que ponga en peligro un bien jurídico particular*, es decir, que cree o provoque el peligro o que, en caso de existir ya una situación de riesgo, la omisión aumente de modo concreto el riesgo para el bien jurídico» (75). A partir de aquí, Luzón Peña trata de concretar algo más su planteamiento a partir de un amplio abanico de ejemplos (76). No cabría legítima defensa frente al dueño que no llama a su perro que se ha lanzado a morder a alguien, ni frente al propietario que ve como su valioso perro se lleva un sombrero. La pasividad del dueño del animal, ni crea ni incrementa el riesgo (77). Tampoco cabría legítima defensa frente al socorrista que contempla estáticamente cómo se ahoga una persona, pues la omisión de aquél, por mucho que esté en posición de garante, no pone en peligro al bañista. En cambio, sí cabría legítima defensa frente al profesor de natación que, tras invitar

noce FELBER dicha facultad solo frente al omitente que ejerce el dominio sobre el foco del peligro (*Herrschaft über den Grund der Gefährdung*), esto es, cuando el omitente es «una figura central del suceder que conduce hacia la lesión del bien jurídico» (p. 196). Así pues, solo cabría ejercer legítima defensa frente al omitente que previamente ha creado antijurídicamente un peligro (injerencia), frente a quien ha asumido *de facto* una posición de garantía y frente a quien omite cumplir deberes del tráfico como, p. ej., el propietario que sin culpa alguna encierra a un vagabundo en el cuarto de las calderas y se niega posteriormente a liberarlo cuando se percata de la situación.

(73) Esta es la razón por la que, pese a que nominalmente LUZÓN PEÑA admite la legítima defensa frente a toda agresión omisiva (impropia), su planteamiento es, *de facto*, más restrictivo que el del resto de autores alemanes que reconocen la posibilidad de una legítima defensa frente a toda clase de omisiones impropias. Sobre el criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión para la imputación de un resultado omisión en comisión por omisión, *vid.* solo LUZÓN PEÑA, *PG*, 3.ª ed., 2016, pp. 620 y ss.; y contrastándolo críticamente, *cfr.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 541 y ss.

(74) LUZÓN PEÑA, *PG*, 3.ª ed., 2016, p. 384, nm. 14.

(75) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 160. *Cursiva* en el original.

(76) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 161 y ss.

(77) Sí, en cambio, en el supuesto en el que «llevando el dueño sujeto al perro con una correa, nota cómo se excita visiblemente el animal contra un extraño y quiere lanzarse sobre él —o su sombrero—, y entonces el dueño suelta la correa». *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 167.

al discípulo que no sabe nadar a que se lance al agua, omita sujetarle y evitar que muera ahogado (78). Aquí, el peligro decisivo y concreto sí obedecería a la inactividad del profesor. Y del mismo modo, cabría legítima defensa frente al farmacéutico de un pueblo que se niega a dar al médico el contraveneno necesario para salvar una vida, pues en tal caso se ha puesto en marcha una cadena causal salvadora que promete con gran probabilidad impedir el resultado, de modo que la omisión del farmacéutico sí incrementa el peligro (79). Como también cabría responder en legítima defensa frente al maquinista que no frena la locomotora que va a enorme velocidad; el guía alpino que quiere marcharse en una tormenta de nieve sin dar la llave del refugio al excursionista totalmente agotado; o frente a la madre que no alimenta a su hijo lactante para matarlo. Todos ellos pondrían a través de su omisión en peligro al necesitado o, como mínimo, incrementarían un peligro preexistente de forma normativamente relevante (80).

Por último, ha de aludirse aquí al planteamiento de André Stahl, desarrollado en su reciente tesis doctoral dedicada en exclusiva al problema de la legítima defensa frente a omisiones. Para poder hablar de agresión por omisión sería imprescindible poder imputar el peligro al omitente, lo que solo sería posible cuando dicho peligro es reconducible al propio comportamiento previo del omitente. Es decir, cuando el garante, o bien ha creado el peligro a través de su comportamiento, o bien ha contribuido a la realización de un peligro potencial preexistente, esto es, lo ha aumentado o intensificado (81). *Sensu contrario*, la no evitación o conjura de un peligro derivado de un daño ya acaecido no constituiría creación del peligro, agresión, a los efectos de la legítima defensa (82). Así las cosas, concluye Stahl que, *de facto*, solo cabría advertir agresiones por omisión en las constelaciones definidas

(78) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 168.

(79) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 168 y s.

(80) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 170 y s.

(81) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 113. Y en un sentido parecido, STRATENWERTH, *ZStW*, (1), 1956, pp. 61 y s. Parece limitar asimismo la legítima defensa contra la omisión del garante que sigue a un actuar precedente («agresiones con peligro latente»), REQUEJO CONDE, *La legítima defensa*, 1999, pp. 159 y s., p. 161: «Cuando mediante una acción previa se crea un estadio duradero peligroso a los derechos de otro, que sólo puede cesar con la actividad contraria del agresor omitente, el derecho de defensa del agredido a quien se pone en peligro mediante la creación de la omisión de una conducta debida queda garantizado en rechazo o salvación de dicho estado».

(82) *Vid.* STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 114. Si ya se ha realizado el riesgo, si el daño ya existe, sin que el garante sea por ello responsable, éste no agrede a través de su omisión, por mucho que hubiera podido evitar la producción de un ulterior resultado lesivo.

a partir de un actuar del garante precedente contrario a deber. Más concretamente, cuatro son los supuestos específicos en los que Stahl reconoce la posibilidad agredir por omisión.

En primer lugar, en los casos en los que el foco de peligro se encuentra situado en la esfera del garante, siendo que éste, a través de una infracción de un deber de aseguramiento (de cosas, del propio cuerpo...), pone en peligro los intereses de terceros. En segundo lugar, en los supuestos en los que un sujeto ocupa una posición de garantía de control destinada a evitar el comportamiento antijurídico de un tercero (83). Con un ejemplo, el padre que no evita que su hijo golpee violentamente a un segundo niño agrede a los efectos de la legítima defensa mientras dura la agresión. Y en tercer lugar, también constituye agresión el incumplimiento de un deber de salvamento tras un comportamiento precedente antijurídico que crea o incrementa el riesgo (injerencia). Según Stahl, el comportamiento previo podría tener lugar a través de un actuar o un omitir (84), de modo que también frente a la madre que pone en peligro a su hijo de forma antijurídica al dejar de alimentarlo cabría ejercer legítima defensa cuando incumple posteriormente su deber de salvamento (85). «La infracción de un deber de salvamento es por lo tanto (solo) agresión, cuando aquella sigue a la lesión de un deber de aseguramiento» (86). Y finalmente, en cuarto y último lugar, también constituiría agresión la omisión antijurídica de quien tras asumir funciones de control, no ya sobre personas, sino sobre otras posiciones de garantía, no satisface posteriormente sus deberes de aseguramiento (87). Esto sucede, por ejemplo, cuando un médico, tras asumir la posición de garantía para con un paciente frente a quien lo ha lesionado, omite posteriormente el tratamiento debido sometiendo así al paciente a un riesgo adicional.

En resumidas cuentas, solo las omisiones que siguen a una injerencia previa podrían constituir –siempre según Stahl– agresión a los

(83) Vid. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 128 y ss., p. 131. Este parece ser el único supuesto de agresión por omisión que se reconoce ahora en BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *AT*, 12.^a ed., 2016, § 17, nm. 10.

(84) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 134.

(85) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 141.

(86) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 139, 141. Por lo tanto, sí cabe legítima defensa frente al padre que infringe su deber de supervisión para con su hijo que se baña en el agua, cuando éste pelagra posteriormente de morir ahogado y el padre omite el salvamento; pero no, en cambio, frente a la niñera que omite el salvamento del niño que, de forma absolutamente imprevisible, ha caído en un pozo no suficientemente asegurado.

(87) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 145.

efectos de la legítima defensa (88). Frente a los peligros derivados de la infracción de otra clase de deberes de garante solo cabría responder, al igual que sucede frente a los deberes de solidaridad mínima, conforme a la regla del estado de necesidad (89).

IV. LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO RESTITUTORIO FRENTE A LA INFRACCIÓN DE DEBERES DE GARANTE

1. Introducción

El anterior análisis viene a dar la razón a aquellos autores que, como hiciera Jescheck tempranamente (90), sostienen que la pregunta de si y frente a qué clase de omisiones cabe responder en legítima defensa no solo no encuentra a día de hoy una respuesta dogmática sólida y fundada, sino que ésta sigue en gran parte en manos del «mero sentimiento jurídico» (91). Las tesis sostenidas al respecto son tan numerosas, como variados son los argumentos esgrimidos en favor de unas y otras. Lo pretendido a continuación es emprender una revisión crítica del problema desde el fundamento de la legítima defensa y la teoría de los deberes jurídico-penales. Ello es *conditio sine qua non* para tratar de ofrecer una respuesta convincente a la doble pregunta que da sentido a este trabajo.

2. La legítima defensa como instrumento jurídico restitutorio

Determinar si y frente a qué clase de omisiones cabe responder en legítima defensa requiere definir antes el fundamento último de esta causa de exclusión del injusto. Aunque no es posible emprender en este lugar un examen en profundidad de la discusión al respecto, sí puede afirmarse que tal institución no puede explicarse de forma convincente ni a partir de los extendidos planteamientos monistas que ven en el principio de protección de bienes jurídicos o en el del prevaleci-

(88) Sobre la naturaleza jurídica del actuar precedente para que la omisión posterior pueda constituir agresión, cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 139 y ss.

(89) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 147.

(90) Cfr. JESCHECK, *AT*, 4.^a ed., 1988, p. 304.

(91) En los últimos tiempos, en este mismo sentido, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 289; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, 1987, p. 123; y STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 24.

miento (o defensa) del Derecho el fundamento último de esta institución (92); ni a partir de las distintas teorías pluralistas que recurren al juego conjunto de ambos principios para apoyar interpretaciones específicas del sentido y los márgenes de la institución (93). Más bien, cabe afirmar ahora que el fundamento de la legítima defensa es uno solo, aunque distinto, a saber: el derecho del agredido a garantizar su relación jurídica consolidada con el agresor cuando éste la pone en cuestión a través de un comportamiento autorresponsable.

Así pues, en realidad, el derecho del agredido a defenderse no es más que una manifestación concreta de su derecho preexistente frente al agresor (94). O en la formulación kantiana clásica: «al Derecho está unida a la vez, según el principio de contradicción, la facultad de coaccionar a quien lo viola» (95). Lo único que hace el agredido en una situación de legítima defensa es, a modo de «gestor de negocio ajeno», constreñir al agresor para que cumpla el deber que define la relación interpersonal entre ambos agentes y que éste amenaza con quebrantar a través de su agresión (96). El correspondiente deber de

(92) Una acertada crítica a ambos planteamientos puede leerse ya en FRISTER, *GA*, 1988, pp. 295 y ss.; y de forma exhaustiva en PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 137 y ss. Recientemente, en la misma línea, *vid.* p. ej., WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 626 y ss., con ulteriores referencias.

(93) La teoría dualista, por un lado, conduce a una argumentación circular. ¿Por qué la respuesta defensiva no pone también en cuestión el Derecho en su vertiente supraindividual? La contestación al uso, a saber, porque esta acción no es contraria a Derecho, sino que está justificada, es a todas luces insatisfactoria, pues presupone, pero no fundamenta, la legitimidad de tal comportamiento típico. Cfr. RENZIOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 81 y ss. Por otro lado, la teoría dualista carece de un metaprincipio capaz de disolver los inevitables conflictos que se presentan entre los dos fundamentos particulares. Bien mirado, sus partidarios se limitan a defender soluciones plausibles en la interpretación dogmática de la institución a partir del recurso a uno u otro principio según convenga en el caso particular. En este sentido, con razón, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 239 y s., n. 519; y de idéntica opinión, WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 632 y s.

(94) Así, p. ej., LESCH, *FS-Dahs*, 2005, pp. 88 y s., 91 y ss.; o KARGL, *ZStW*, (110), 1998, pp. 49 y s., pp. 57 y ss.

(95) KANT, *Metaphysik der Sitten*, Ed. Weischedel, v. 7, 1983, p. 339. En detalle, KÖHLER, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 158 y ss.; y sobre la legítima defensa desde la perspectiva kantiana, pp. 286 y ss. Sobre esto mismo, *vid.* además HRUSCHKA, *ZStW*, (2), 2003, pp. 201 y ss.; y PAWLIK, *ZStW*, (2), 2002, pp. 266 y ss.

(96) En este sentido, entre otros, KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 261 y s.; LESCH, *FS-Dahs*, 2005, p. 92; MÜSSIG, *ZStW*, (115), 2003, p. 232; PAWLIK, *ZStW*, (114), 2002, p. 271; el mismo, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 239; KINDHÄUSER, *FS-Frisch*, 2013, pp. 501, 506; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 86; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 314; WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 640 y ss.; ROBLES PLANAS, *Polít. crim.* (22), 2016, p. 715; o PERDOMO TORRES, *InDret*, (1), 2008, pp. 7 y ss.

tolerancia que recae sobre el agresor, pues, no es más que la forma en la que se manifiesta en las situaciones de legítima defensa su deber primario de respeto para con los derechos subjetivos del agredido (97). El destinatario de la agresión la ha de tolerar, precisamente porque ha sido él, y nadie más, quien a través de su actuar responsable ha constraído al agredido a recurrir a una respuesta defensiva para recomponer el estatus debido de la relación jurídica entre ambos. Y esta es la razón por la que la legítima defensa puede ser definida como un instituto jurídico compensatorio o restitutorio (98): la defensa está permitida porque y en la medida en que aquella es idónea y necesaria para asegurar la vigencia de la demarcación previa y jurídicamente garantizada entre la esfera de libertad del agredido y del agresor cuando este último pretende de forma unilateral alterarla.

Entendida así la legítima defensa, no toda puesta en peligro de un bien jurídico constituye agresión a los efectos del art. 20.4 CP. La agresión ha de ser capaz de cuestionar realmente la separación dada de esferas de libertad de un modo normativamente relevante. Esto presupone, en primer lugar, la posibilidad de atribuir la agresión al agresor como su propia obra. Y, en segundo lugar, y esto es lo que ahora nos interesa, es preciso que la agresión, más allá de poner en peligro determinados bienes jurídicos, ponga además efectivamente en cuestión un derecho ajeno pleno y, con ello, el núcleo de la relación jurídica preexistente entre agresor y agredido (99).

3. La taxonomía tripartita de los deberes jurídico-penales: deberes de competencia plena, preferente y mínima

A fin de concretar la noción de agresión que aquí se acoge es imprescindible examinar antes, aunque sea sucintamente, la teoría de los deberes sobre la que aquella se asienta. En este lugar, baste con señalar que el sistema jurídico-penal de deberes, a diferencia de lo que tradicionalmente se ha sostenido, no queda adecuadamente definido por la contraposición deberes de garante – deberes de solidaridad mínima. Más bien, aquél está conformado por tres clases distintas de

(97) De forma meridiana, LESCH, *Notwehrrecht*, 2000, p. 36; el mismo, *FS-Dahs*, 2005, pp. 91 y ss.; WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, p. 642.

(98) A diferencia del estado de necesidad agresivo que, en esencia, es un instituto reconfigurador de relaciones jurídicas; o la propia autotutela que, en puridad, es un mecanismo cautelar de aseguramiento de pretensiones restitutivas que, a diferencia de las pretensiones derivadas de derechos plenos, han de ser realizadas obligatoriamente en el marco de un procedimiento institucionalizado.

(99) Cfr. NEUMANN, en *Modernes Strafrecht*, 1990, pp. 225 y s.

deber en atención a su especie, a saber: deberes de competencia plena, de competencia intermedia y de competencia mínima (100). Esta tripartición, que nada tiene que ver ni con el operador deóntico del deber, ni con el carácter activo u omisivo de la conducta requerida, ni con su fundamento axiológico (negativo o positivo), se basa, en esencia, en el distinto grado de autovinculación al que reconducir el nacimiento de la obligación (101). Es decir, los deberes quedan catalogados a partir del grado de libertad ejercida por el obligado en el momento que nace el deber en cuestión.

Los deberes de competencia plena, como obligaciones jurídicas de la máxima intensidad jurídico-penal, son aquellos reconducibles a actos enérgicos de autonomía del obligado, a través de los cuales el garante queda obligado para con su garantizado a la evitación de un determinado resultado lesivo. Por consiguiente, su infracción supone la imputación al infractor del resultado causado o no evitado. En esta primera categoría, además de los deberes negativos de no dañar organizativamente, de salvamento tras asunción efectiva, deberes del tráfico y deberes de salvamento tras un actuar precedente plenamente responsable, se cuentan también ciertos deberes positivos, en concreto, los deberes de custodia paterno-filial y ciertos deberes estatales de sujeción especial (102). Los deberes de competencia preferente, por su parte, son aquellos reconducibles a determinados actos de libertad del obligado, aunque de menor intensidad que los que explican el nacimiento de un deber de competencia plena. La posición de competencia del obligado por un deber de competencia preferente no queda, pues, definida por un deber de evitar un concreto resultado, con lo que su infracción tampoco supone la imputación del resultado ocasionado o no evitado. Entre estos se cuentan, además de los deberes negativos de salvamento tras injerencias no plenamente responsables (art. 195.3 CP), ciertos deberes positivos vinculados al ejercicio de funciones públicas o en el marco de relaciones familiares (p. ej., arts. 196 o 226 CP) (103). Finalmente, el sistema de deberes encuentra en los de competencia mínima su expresión obligacional de menor

(100) A propósito del delito omisivo, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.^a ed., 2012, p. 470, n. 8, pp. 476 y s.; el mismo, en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, pp. 155 y ss. Y en este mismo sentido, sobre el grado de ejercicio de libertad en el momento del nacimiento de la obligación como criterio de gradación de la responsabilidad penal, cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 57; el mismo, *InDret*, (4), 2013, p. 6.

(101) Cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 276 y ss.; y resumidamente, el mismo, *InDret*, (2), 2017, pp. 25 y ss.

(102) Vid. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 291 y ss.

(103) Vid. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 296 y ss.

intensidad. Aquí se cuentan, en esencia, los deberes de solidaridad mínima, atribuidos al obligado con base en su mera condición de ciudadano. El ejemplo paradigmático, sin lugar a duda, es el deber general de socorro sancionado en el art. 195 CP (104).

Pues bien, la distinta intensidad normativa de estas tres clases de deberes tiene importantes consecuencias dogmáticas. La primera de ellas, la más evidente, es la diferencia penológica prevista para su infracción. En el actual ordenamiento jurídico-español cabe reconocer claramente tres programas distintos de protección de bienes jurídicos. Así, un mismo bien jurídico, por ejemplo, la vida, queda garantizado de la manera más intensa frente a quien ha asumido libremente su protección (deber de competencia plena), de un modo intermedio frente a quien la ha puesto en peligro de manera negligente (deber de competencia preferente), y de un modo notablemente más laxo frente al que nada tiene que ver con la situación de peligro pero puede evitar la pérdida del bien amenazado (deber de competencia mínima). Sin embargo, la distinta especie de la obligación despliega además otras importantes consecuencias dogmáticas. Así, por ejemplo, coincide la doctrina penal en afirmar que el obligado por dos deberes de distinta especie de imposible cumplimiento cumulativo (colisión de deberes) ha de satisfacer el deber de especie superior, es decir, el padre ha de salvar antes a su hijo (deber de competencia plena) que a un extraño (deber de competencia mínima), cuando ambos peligran de morir ahogados (105). Y como a continuación habrá de quedar de manifiesto, la distinta especie del deber co-determina igualmente los límites del derecho de defensa del sujeto afectado por la infracción del deber. En realidad, esta tripartición encuentra su reflejo especular en una tripartición de derechos, cuyos mecanismos de garantía varían en función de su dignidad normativa.

4. **La legítima defensa como respuesta a la infracción de deberes de competencia plena**

La tripartición de deberes acabada de esbozar encuentra asimismo su reflejo especular en una tripartición de derechos. Es decir, como desde antaño viene sosteniendo Jakobs a propósito de su interpretación normativista de la noción de violencia en el delito de coacciones, no todos los derechos –jurídicamente reconocidos– presentan un esta-

(104) Vid. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 304 y ss.

(105) Vid. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 411 y ss.; y resumidamente, el mismo, *InDret*, (2), 2017, pp. 28 y s.

tus jurídico equivalente (106). Como correlato lógico a la tripartición de deberes arriba esbozada cabe distinguir igualmente entre tres clases de derechos, esto es, los plenos (o en la terminología de Jakobs, los derechos garantizados), los derechos preferentes y los derechos mínimos. Si resulta que el ordenamiento jurídico no obliga a un sujeto para con otro siempre con la misma intensidad, parece evidente que el derecho de quien espera el cumplimiento de una obligación tampoco presenta siempre una misma e idéntica intensidad, incluso entre derechos garantizados jurídico-penalmente.

Sentado lo anterior, creo posible afirmar que el estatus jurídico-relacional básico entre los ciudadanos de una misma comunidad jurídica, el núcleo que define la demarcación de esferas jurídicas, ha de quedar definido exclusivamente a partir de los derechos y deberes derivados de posiciones de competencia plena. Esto es, solo la infracción de deberes de competencia plena (si se quiere, de garante), con la consecuente lesión de un derecho pleno o garantizado, logra cuestionar de un modo normativamente relevante la relación jurídica en su núcleo central entre dos ciudadanos. Si, como aquí se ha defendido, resulta que la legítima defensa constituye precisamente un instrumento al servicio de la estabilización del núcleo más íntimo de la relación jurídica entre el agresor y el agredido, y éste queda definido exclusivamente por los deberes o derechos de competencia plena, tengan estos un fundamento negativo o positivo (107), parece evidente

(106) En los últimos tiempos, cfr. JAKOBS, *JuS*, (2), 2017, p. 100; y ya antes, JAKOBS, *GS-Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 799 y s., pp. 804 y s.; o el mismo, *Nötigung*, 2016, pp. 17 y ss., quien distingue entre los derechos que conforman el estatus jurídico actual de un sujeto, defendibles –al menos, teóricamente– en legítima defensa, y aquellos que solo pueden ser realizados en el marco de un procedimiento estatalmente organizado y cuya defensa privada constituiría una autotutela ilícita. Distinguiendo igualmente entre ambas clases de derechos, LESCH, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 333 y ss.; y TIMPE, *Nötigung*, 1989, pp. 71 y ss.

(107) Este es el punto de disonancia principal con el planteamiento de PALERMO (*La legítima defensa*, 2006, pp. 237 y ss.), para quien la separación de esferas de libertad a cuya garantía sirve la legítima defensa quedaría configurada solo por deberes negativos. Hasta donde alcanzo, la equivalencia entre ciertos deberes positivos y negativos, asumida expresamente por PALERMO (*ob. cit.*, p. 236), no puede quedarse en la equiparación penológica entre sus infracciones. El que ambas clases de deberes estén normativamente garantizadas de un modo idéntico, esto es, que compartan especie, significa también, ahora ya desde una perspectiva material, que el derecho del sujeto garantizado ha de ser normativamente equivalente. Esta crítica fue ya anticipada por el propio PALERMO, quien reconoce, en primer lugar, que su planteamiento puede parecer en este punto inconsistente. Esta diferencia, no obstante, se explicaría por el hecho de que el agresor que infringe un deber negativo niega la condición mínima de todo orden social, a diferencia del obligado por un deber especial positivo que solo negaría la construcción de un mundo en común con

que solo cabrá ejercer la legítima frente al cuestionamiento de un derecho pleno, esto es, frente a la infracción por parte de un garante de su deber de competencia plena (108). Solo el cuestionamiento de esta clase de derechos justifica una suspensión parcial del deber de paz (*Friedenspflicht*) del ciudadano, otorgándole la facultad a él o a un tercero de recurrir –de forma prácticamente ilimitada– a la defensa privada necesaria para evitar el menoscabo de su derecho garantizado (109). O lo que es lo mismo: la lesión de derechos plenos o garantizados no permite, salvo en casos excepcionales, imponer al agredido un deber de tolerar momentáneamente el menoscabo de su derecho, obligándole a recurrir a canales institucionalizados de solución del conflicto para una eventual restitución posterior de su dere-

el necesitado. Del mismo modo que se atribuye un distinto efecto atenuador a los motivos de conciencia cuando de la infracción de un deber positivo y negativo se trata, la facultad de defender una pretensión puramente positiva habría de ser menor que la de quien pretende hacer valer su derecho de corte negativo (*ob. cit.*, p. 240). Sin embargo, en mi opinión, tampoco esta réplica es concluyente. Ni resulta evidente que la relevancia de los motivos de conciencia en la determinación de la pena dependa del carácter positivo o negativo del deber; ni se alcanza a ver cómo armonizar la diferencia entre los deberes positivos y negativos señalada por PALERMO con la fundamentación que previamente él mismo hace de la equivalencia normativa de ciertos deberes positivos y negativos. Si resulta que «la infracción de un deber positivo, cuando la institución generadora del deber tiene la misma relevancia social que la institución libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias, equivale a la infracción de un deber negativo» (*ob. cit.*, p. 240) ¿por qué razón el derecho de defensa del garantizado por un deber positivo habría de ser menor? Y en segundo lugar, el propio PALERMO advierte que su planteamiento lleva a equiparar en la respuesta defensiva la omisión pura y la omisión del garante que infringe su deber positivo. Para PALERMO, sin embargo, ello no habría de ser un problema en la praxis, pues en los supuestos relevantes, aquellos en los que un cónyuge no evita que el otro lesione al hijo común, el estado de necesidad (agresivo) permitiría ya amenazar o golpear al omitente para que evitara la lesión (*ob. cit.*, p. 241). En mi opinión, tampoco este contraargumento resulta decisivo. El problema normativo que correctamente advierte PALERMO no puede soslayarse negándole relevancia práctica. La pregunta esencial sigue esperando respuesta: ¿por qué no cabe responder en legítima defensa frente al padre y sí frente al socorrista garante por asunción si resulta que ambos agentes están obligados por deberes normativamente equivalentes?

(108) En este sentido, muy claramente, LESCH, *FS-Dahs*, 2005, pp. 91 y ss., p. 93: «El deber de tolerancia del agresor solo puede legitimarse en la legítima defensa como la contracara de los derechos subjetivos del agredido cuando el agresor es competente como *garante* por la defensa del menoscabo del bien que amenaza». (Cursiva en el original). Y en el mismo sentido, WILENMANN, *FS-Etcheberry*, 2016, pp. 275 y ss. De parecida opinión, ERB, «§ 32», *MK*, 3.^a ed., nm. 70, para quien la infracción del deber de socorro general no supondría una quiebra de la paz jurídica (*Friedensbruch*), por lo que no cabría garantizar su cumplimiento a través de la legítima defensa.

(109) *Pars pro toto*, ISENSEE, *FS-Eichenberger*, 1982, pp. 27 y ss.

cho (110). *Sensu contrario*, el cuestionamiento del resto de derechos jurídicamente reconocidos, al igual que sucede, por ejemplo, con los derechos relativos de naturaleza jurídico-privada (111), no es razón suficiente para excepcionar en su esencia la vigencia del principio del monopolito estatal de la violencia. Existe, pues, con carácter general, un deber de tolerar su menoscabo momentáneo y de recurrir para su restablecimiento a los canales institucionalizados de resolución de conflictos que en abstracto aparecen para ello como idóneos (112). Por consiguiente, solo excepcionalmente, cuando así lo determinen razones de solidaridad (estado de necesidad) o la necesidad de garantizar –como medida cautelar– la posibilidad de una posterior restitución del derecho en el marco de un proceso (autotutela), cabe reconocer derechos de defensa privada a fin de salvaguardar derechos no plenos.

Llegados a este punto, cabe definir la agresión –a los efectos del art. 20.4 CP– como el menoscabo autorresponsable de un derecho pleno o garantizado idóneo para lesionar los intereses o bienes jurídicos del sujeto agredido (113). Con ello, claro está, se quiebra la pretensión de inserción sistemática del concepto de agresión en la teoría del hecho punible: ni todo injusto penalmente relevante constituye agresión a los efectos de la legítima defensa, no lo es, por ejemplo, una mera omisión del socorro debido; ni toda agresión ha de constituir necesariamente a la vez un injusto penal punible (114). En todo caso, y esto es fundamental para lo que aquí importa, resulta completamente indiferente a los efectos de definir la noción de agresión el carácter activo u omisivo de la infracción del deber de garante. El que los deberes, tanto positivos como negativos, pueden ser infringidos activa u omisivamente, sin que de ello se deriven consecuencias materiales, es a día de hoy ampliamente aceptado en

(110) Al respecto, en profundidad, SENGBUSCH, *Die Subsidiarität der Notwehr*, 2008, pp. 257 y ss., 280 y s., quien niega en las situaciones de legítima defensa de forma categórica el deber de recurrir a la ayuda estatal.

(111) Cfr. JAKOBS, *JuS*, (2), 2017, p. 100.

(112) Así, a propósito de los derechos de defensa en estado de necesidad defensivo, WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 428 y ss.

(113) Así ya, LESCH, *FS-Dahs*, 2005, p. 93; y de parecida opinión, ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, pp. 237 y s.

(114) En esta misma línea, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2014, pp. 4, 8. Sobre la ruptura de la continuidad sistemática entre el concepto de injusto para la legítima defensa y como presupuesto del castigo, aunque solamente en lo que se refiere a las reglas de imputación de la infracción del derecho subjetivo, *vid.* además, WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 665 y s.

la doctrina penal continental (115). Y en mi opinión, nada distinto habría de valer en el ámbito de la legítima defensa. La infracción de deberes de competencia plena que pone en peligro bienes ajenos constituye agresión, también cuando el menoscabo del derecho pleno del agredido trae causa de una mera omisión. No así, en cambio, la infracción de deberes de competencia intermedia o mínima, ello incluso cuando dicha infracción se produzca a través de un comportamiento activo (116). Frente al propietario de la casa que se dispone a cerrar la puerta para evitar que el necesitado perseguido por un asaltante salve su vida (interrupción de un curso causal salvador ajeno dentro del propio ámbito de organización), tampoco cabe reaccionar en legítima defensa, pues su deber de omitir cerrar la puerta se fundamenta en un deber de solidaridad cuya infracción no ataca el núcleo esencial de derechos cuya garantía justifica una respuesta en legítima defensa (117). Lo relevante no es el carácter activo u omisivo de la agresión, sino la naturaleza jurídica del deber infringido o del derecho menoscabado.

Y hasta donde alcanzo, ninguno de los tres argumentos generalmente argüidos para rechazar la posibilidad de una agresión omisiva resultan concluyentes. En primer lugar, en contra del argumento estrictamente lingüístico cabe afirmar que no es cierto que la omisión

(115) En este sentido, con ulteriores referencias, ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, pp. 4 y ss.

(116) Por lo que el planteamiento aquí sostenido es inmune a la crítica de falta de coherencia sistemática formulada por RENZIKOWSKI contra la exclusión de la legítima defensa frente a meras omisiones del socorro debido *ex* § 323c StGB (*supra* III. 2). Tampoco frente al que infringe activamente este deber cabe reaccionar en legítima defensa.

(117) Para quien la interrupción de cursos causales salvadores dentro de la propia esfera de organización constituya la lesión de un deber de competencia plena [así p. ej., SILVA SÁNCHEZ, *LH-Figueiredo Dias*, 2009, pp. 988 y ss.; o el mismo, *Revista Discusiones*, (7), 2007, p. 42], sí cabría, no obstante, ejercer legítima defensa frente a quien cierra la puerta de su casa y condena al necesitado a una muerte segura. Y en un sentido parecido, cfr. HELMERS, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts*, 2016, pp. 315, 329, quien señala que frente a quien no desocupa un bien sobre el que el necesitado tiene un derecho preferente (en estado de necesidad) cabe ejercer legítima defensa. Como en el texto, en cambio, tempranamente, MEYER-BAHLBURG, *GA*, 1968, pp. 50 y s.; o GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (53), 2000, pp. 98 y ss.; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2001, pp. 234 y ss., p. 263; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 95 y s.; y en profundidad, fundamental, LERMAN, *La Omisión por Comisión*, 2013, pp. 229 y ss., p. 262: «[c]uando existe una injerencia activa sobre un bien respecto del cual normalmente se tiene derecho a intervenir, y sólo se debe omitir actuar en función de la existencia de un estado de necesidad agresivo justificante, que autoriza a un tercero a utilizar ese bien a favor de la víctima, entonces el actuante responderá exclusivamente por el delito de omisión propia».

no pueda quedar abarcada por el sentido posible del término agresión (118). A decir verdad, la discusión puramente lingüística poco contribuye a resolver el problema dogmático que ahora nos ocupa, pues el término «agresión» es lo suficientemente amplio como para carecer de un significado específico al margen de un determinado contexto. La pregunta de si una omisión puede constituir o no una agresión solo puede ser respondida a través de un argumento dogmático: no se trata de descubrir el pretendido sentido lingüístico propio o socialmente compartido del término «agresión», sino más bien de asignárselo de forma precisa desde el aparato conceptual propio y preexistente de la dogmática de la legítima defensa (119). Y lo cierto es que nuestro actual sistema jurídico reconoce la plena equivalencia material entre la infracción activa y omisiva de un mismo deber, sin que haya razón alguna que justifique apartarse de este axioma a la hora de definir el término «agresión» (120).

En segundo lugar, tampoco resultan convincentes los argumentos tendentes a negar que una omisión pueda poner en peligro bienes jurídicos. La idea de que el omitente no pone en peligro el bien jurídico, pues el riesgo que acecha a la víctima –por definición– encuentra su origen en una fuente distinta, desconoce precisamente el sentido normativo de una posición de garantía jurídico-penal. El obligado por un deber de competencia plena a conjurar un peligro es responsable del no acaecimiento de un concreto resultado, con independencia del origen del peligro, de modo que, desde un punto de vista normativo, la puesta en peligro relevante del bien jurídico es precisamente la que se deriva de su omisión (121). El que el garante no haya desencadenado previamente de forma activa el peligro no quita que, desde el momento en el que omite de forma normativamente relevante su conjura, éste le es atribuido a él como una obra propia, como una agresión susceptible de ser,

(118) Como aquí, *vid.* solo LAGODNY, *GA*, 1991, p. 302; o GÜNTHER, «§ 32», *SK-StGB*, 7.^a ed., nm. 30.

(119) En este sentido, fundamental, ROBLES PLANAS, *ZIS*, (2), 2010, pp. 134 y s.; y de parecida opinión, KUBICIEL, *Die Wissenschaft*, 2013, pp. 45 y ss.

(120) Cfr. MERKEL, *FS-Jakobs*, 2007, p. 388, n. 40, quien advierte tras la negativa a aceptar agresiones omisivas un concepto de agresión pseudo-naturalista erróneo. Como a continuación habrá de quedar de manifiesto, los problemas dogmáticos o prácticos que pueda generar la admisión de una legítima defensa contra una omisión no son razón suficiente, a diferencia de lo que sostiene SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 305, para negar que una omisión pueda constituir agresión a los efectos del art. 20.4 CP.

(121) En este sentido, muy claramente, ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 11; y en profundidad, sobre la equivalencia normativa entre la creación activa y omisiva de un riesgo desvalorado, *vid.* p. ej., HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 230 y ss.

pues, respondida en legítima defensa (122). Quienes pretenden circunscribir la legítima defensa frente a las omisiones que siguen a injerencias activas, por un lado, restringen injustificadamente el alcance de la institución, al negar tal facultad frente al garante que infringe de forma responsable un deber de competencia plena; pero por el otro lado, lo ensanchan en exceso, al otorgar una facultad de legítima defensa frente a quien omite el salvamento tras haber provocado una situación de necesidad de un modo no plenamente responsable (123).

Y en tercer lugar, tampoco creo que los diferentes problemas dogmáticos a los que ya se ha aludido en este trabajo, ni otros más apenas tematizados (124), constituyan razón suficiente para negar a la víc-

(122) Un problema de hondo calado y que aquí no puede ser abordado como merece es el del momento del inicio de la agresión omisiva. Cfr. p. ej., SEELMANN, «§ 13», *AK-StGB*, nm. 82 y ss. El momento de inicio de la tentativa del delito omisivo suele ofrecer un importante punto de referencia. Aunque éste también resulta objeto de una importante controversia doctrinal, *vid.* al respecto ALCÁCER GUIRAO, *Revista General de Derecho Penal*, (26), 2016, pp. 18 y ss., cabe apuntar aquí que el inicio de la tentativa y, por lo general, de la agresión omisiva, puede verse en el instante en el que el mero no hacer supone ya una toma de postura comunicativamente relevante por parte del omitente, no neutral, para con el deber y el riesgo que caracteriza la situación de conflicto. A propósito del inicio de la tentativa en el delito omisivo impropio, en un sentido parecido, cfr. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991, pp. 163 y ss., p. 165. Se trata, en definitiva, de fijar el instante en el que la omisión, como desviación del sistema de rutina en un concreto ámbito vital, solo puede entenderse como reflejo exteriorizado de la actitud creíble de quien no está dispuesto a cumplir su deber. Ello no depende de meros datos fácticos o temporales, sino de juicios normativos de atribución de significado en atención a los tipos penales. En un sentido parecido, cfr. RATH, *JuS*, (12), 1998, pp. 1109 y s., n. 43. Así pues, quien acelera el automóvil tras atropellar a un peatón con la intención de abandonar el lugar de los hechos inicia ya la tentativa de su delito omisivo; al igual que lo hace el socorrista que tras advertir que un bañista se está ahogando permanece completamente inmóvil en su torreta de vigilancia. El no inicio de la conducta salvadora solo puede ser entendido en ambos casos como el comienzo de la realización típica.

(123) Contra la infracción de un deber de competencia preferente, sea a través de una acción o de una omisión, solo cabe responder en estado de necesidad defensivo. Cfr. *infra* IV. 5.

(124) Me refiero, p. ej., a los problemas a la hora de definir el derecho de legítima defensa y sus límites cuando son varios los sujetos obligados o en disposición que omiten llevar a cabo una misma conducta. Sí tematiza este problema, distinguiendo en función del grado de responsabilidad del obligado, ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 224 y ss.; y brevemente, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 300 y s.; o DENCKER, *FS-Frisch*, 2013, pp. 481 y s. Quedémonos ahora –tan solo– con los siguientes tres escenarios: (1) Un niño pelagra de morir ahogado, mientras su padre y su madre, ambos buenos nadadores, omiten dolosamente iniciar el salvamento debido. Aquí cabría afirmar que ninguno de los dos progenitores garantes puede ejercer violencia contra el segundo, sino que cada uno debe cumplir personalmente su deber. (2) Un niño pelagra de morir ahogado mientras su padre y un extraño, ambos buenos nadadores, contemplan impasibles el inicio de la tragedia. El extraño, tan solo obligado por el

tima de la omisión su derecho de legítima defensa (125). A decir verdad, gran parte de los problemas a los que suele aludirse en este ámbito son comunes a las agresiones activas (actualidad, subsidiariedad...), sin que a nadie se le ocurra negar por ello todo derecho de legítima defensa. Pero es que además, la incertidumbre que rodea a la legítima defensa frente a omisiones junto con el temor al desbordamiento de esta institución invitan precisamente al desarrollo dogmático del instituto, no a negar el derecho de legítima defensa de quien tiene un derecho pleno frente a su garante. La definición aquí expuesta del concepto de agresión, como infracción de un derecho subjetivo pleno o garantizado, contribuye decididamente a poner límites a la institución, y ello en un doble e importante sentido.

Por un lado, queda excluida de plano la posibilidad de responder en legítima defensa frente a la infracción de meras obligaciones jurídico-civiles, ya sean *ad omittendum* o *ad faciendum* (126). La simple negativa del deudor a cumplir con su prestación no supone el menos-

deber general de socorro del art. 195 CP, tampoco tendría aquí un derecho de legítima defensa en auxilio necesario frente al garante, sino que seguiría obligado a cumplir personalmente su deber. (3) Un niño peligra de morir ahogado en la mar marejada, pudiendo y debiendo efectuar el rescate un socorrista experimentado. Junto a él, se encuentra un bañista que, dada la situación de la mar, le es inexigible conforme al art. 195 CP, pero no imposible, efectuar el salvamento del niño. Si no voy errado, el tercero que puede, pero no debe (es inexigible) arriesgar su vida para salvar al niño sí podría forzar en legítima defensa al socorrista para que lleve a cabo el salvamento. Las tres reglas de solución ofrecidas vinculan de un modo parecido a un hipotético tercero que pretenda actuar en auxilio necesario. Ese tercero podría ejercer en el primer escenario legítima defensa contra cualquiera de los dos garantes; mientras que en el segundo y tercer ejemplo solo podría ejercer legítima defensa frente al garante. Dejo aquí a un lado el problema de si de los deberes general de competencia plena (o de garante) o del deber general de socorro del art. 195 CP se derivan deberes de actuar en legítima defensa de terceros cuando el obligado no puede llevar a cabo personalmente la acción salvadora. En sentido favorable, cfr. ENGLÄNDER, *FS-Roxin*, 2011, pp. 657 y ss.; o FABRE, *The Journal of Political Philosophy*, (15:4), 2007, pp. 363 y ss.

(125) Este parece ser el argumento de cierre de SCHUMANN (*FS-Dencker*, 2012, p. 305, n. 68) en su influyente artículo en contra de la figura de la legítima defensa contra omisiones: la legítima defensa (irrestricada) está pensada como reacción frente a los injustos más graves, esto es, frente a comportamientos activos, y esta es la razón que explica los múltiples problemas (actualidad de la agresión, idoneidad y necesidad de la defensa o, entre otros, la prioridad de los canales institucionalizados de resolución de conflictos) con los que topa la doctrina a la hora de reconstruir una legítima defensa frente a omisiones. Próximos, DENCKER, *FS-Frisch*, 2013, p. 489; o BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *AT*, 12.^a ed., 2016, § 17, nm. 10.

(126) En este mismo sentido, cfr. ERB, «§ 32», *MK*, 3.^a ed., nm. 67 y ss.; RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 105 y ss.; ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 11; o STRATENWERTH, *ZStW*, (1), 1956, pp. 62, 64. En sentido contrario, cfr. LAGODNY, *GA*, 1991, pp. 306, quien sin embargo restringe el ámbito de las obligaciones civiles defendibles en legítima defensa a partir del principio de subsidiariedad.

cabo de un derecho absoluto o consolidado del acreedor, sino simplemente la no realización de una prestación debida cuya garantía se ha de articular necesariamente en el marco de un proceso civil. Por ello, ni cabe forzar al deudor en legítima defensa a que satisfaga el pago de su deuda; ni evitar que el pianista que se ha comprometido contractualmente a no tocar a partir de las seis de la tarde lo haga, ni forzar al particular para que tras el hallazgo de una cosa mueble que peligra de perderse la restituya de inmediato a su poseedor conocido (127). Lo anterior rige igualmente en el supuesto del arrendatario que, una vez finalizado el contrato de alquiler, se niega a abandonar la vivienda (128). Frente a éste, como claramente establecen los arts. 441 CC y 437.3 LEC, solo cabe interponer una demanda de desahucio. Recurrir a la legítima defensa para recuperar el derecho dominical, no solo no sería legítimo, sino que podría ser incluso constitutivo de los delitos de realización arbitraria del propio Derecho (art. 455 CP) o de allanamiento de morada (202 CP) (129). Más allá de los supuestos particulares de autotutela regulados en nuestro CC (130), y a falta de una regulación general de la autotutela como la prevista en el § 229 BGB (131), la satisfacción de obligaciones jurídico-privadas solo puede ser asegurada en el marco del correspondiente proceso judicial (132).

dad de dicha institución frente a los canales de resolución de conflictos estatales. En un sentido parecido, LESCH, *FS-Dahs*, 2005, pp. 93 y s.

(127) El que el art. 655 CC le obligue a la restitución de la cosa no lo convierte automáticamente en garante, sino más bien en un obligado solidario en favor del derecho de propiedad ajeno. Este derecho a la restitución de la cosa no es, pues, un derecho garantizado o consolidado en el sentido arriba descrito y, por ende, su salvaguarda no puede articularse nunca a través de la legítima defensa.

(128) La doctrina dominante niega en Alemania, y con razón, la posibilidad de expulsar de la vivienda en legítima defensa al arrendatario una vez finalizado el contrato. *Pars pro toto*, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 154 y s., n. 385; o SPENDEL, «§ 32», *LK*, 11.ª ed., nm. 47, quien, sin embargo, reconoce tal derecho cuando el inquilino hace un uso inadecuado (p. ej., destruye la vivienda) de su derecho de posesión inmediata.

(129) Adviértase que la lesión del derecho del arrendador no constituye en ningún caso un delito de allanamiento de morada que pudiera justificar eventualmente una respuesta en legítima defensa. Conforme al art. 202 CP solo es sujeto típico del delito aquel que no habita en la morada, cosa que sí hace quien está vinculado por una relación jurídica –incluso extinguida– con el morador. Cfr. p. ej., DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 245.

(130) Cfr. *supra* n. 30.

(131) Para un análisis en lengua española de esta institución, con anotaciones para nuestro Derecho civil, *vid.* ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Derecho Civil (Parte General)*, 3.ª ed., v. II, 1981, § 240 y ss.

(132) En este mismo sentido, recientemente, ROBLES PLANAS, *Polít. crim.* (22), 2016, pp. 713 y s.

Y por el otro, conforme a lo aquí sostenido, queda igualmente excluida la legítima defensa frente a la infracción de deberes de competencia preferente y mínima. En contra de lo que en ocasiones se afirma (133), no es la baja pena prevista para la infracción de esta clase de deberes el factor que explica la imposibilidad de ejercer legítima defensa frente a tales omisiones (134). También frente a agresiones levemente castigadas, para muchos, incluso frente a agresiones atípicas, cabría ejercer legítima defensa. Ésta, en tanto que la más severa de las respuestas defensivas privadas, queda reservada –por razones de coherencia axiológica– para la tutela de los derechos plenos o garantizados. Y adviértase además que, dado que no se reconocen en el planteamiento aquí acogido posiciones de competencia plena derivadas de injerencias no plenamente responsables (fortuitas o negligentes), el margen de omisiones frente a las que cabe responder en legítima defensa es notablemente menor que el reconocido por quienes, pese a restringir la legítima defensa frente a la infracción de deberes de garante, no exigen para la constitución de tal posición de garantía ni siquiera un actuar precedente antijurídico.

5. La respuesta defensiva frente a la infracción de deberes de competencia preferente y mínima

Y llegados a este punto, queda únicamente por responder una última cuestión: ¿de qué modo puede defenderse quien es víctima de la infracción de un deber de competencia preferente o mínima? Pues bien, en consonancia con un amplio sector doctrinal (135), cabe afirmar, en primer lugar, que la víctima de la infracción de un deber de competencia mínima (o su auxiliante necesario) solo podrá defenderse frente al omitente dentro de los estrictos márgenes del estado de necesidad agresivo (136). Es decir, solo podrá forzar al omitente,

(133) Cfr. *supra* IV. 3.1.

(134) Con razón, RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 103.

(135) En este sentido, cfr. p. ej., ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 13; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (35), 1982, p. 671; ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 10; o ERB, «32», *MK*, 3.^a ed., nm. 70.

(136) En contra de lo sostenido por JAKOBS (*AT*, 2.^a ed., 1991, 12/21; y *supra* III. 3.2.), cabe afirmar, por un lado, que los bienes jurídicos que protege el obligado por un deber de socorro general no son supraindividuales, por lo que el agredido (o su auxiliante necesario) no actúan en legítima defensa del Estado. El que el obligado al socorro aparezca como un cuasi-funcionario obligado por un deber que recae primariamente sobre la colectividad no quita que, en última instancia, la omisión ponga en peligro bienes individuales a cuya garantía sirve la institución positiva. En este mismo sentido, cfr. PAWLIK, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (22), 2014, pp. 155 y ss.,

que no agresor, a cumplir su deber cuando con ello salvaguarde un interés propio esencialmente preponderante frente al que menoscaba. Esto significa, en definitiva, que el menoscabo que el omitente ha de tolerar forzado por el agredido o su auxiliante necesario es idéntico al que se le exige asumir para cumplir con su deber de solidaridad mínima, o lo que es lo mismo: el omiso salvamento no altera el grado de sacrificio propio que ha de asumir el obligado por un deber de competencia mínima (137). Aquí se manifiesta una vez más la naturaleza excepcional de los deberes de solidaridad mínima en el marco de un ordenamiento jurídico liberal (138): su alto grado de heteroimposición no solo se plasma en la laxitud del castigo, o en la amplitud de las cláusulas de inexigibilidad, sino que encuentra un reflejo axiológicamente coherente en el sistema de derechos previsto para su aseguramiento. Y esto, en contra de lo que afirma Renzikowski, no supone que el derecho o deber de solidaridad solo exista sobre el papel (139): el que en ciertos casos no pueda ser impuesto inmediatamente de forma coactiva el cumplimiento del deber no significa que no exista tal derecho. La facultad de legítima defensa no es, pues, condición necesaria para hablar de un derecho. El que los derechos de competencia mínima solo puedan ser impuestos por parte de los particulares en estado de necesidad (agresivo) responde sencillamente a la voluntad del sistema jurídico de mantener una armonía axiológica entre la entidad de los derechos o deberes con las facultades para su imposición privada violenta.

A una solución distinta ha de llegarse, en cambio, en el supuesto en el que el omitente infringe un deber de competencia preferente, por

subrayando que el injusto del omitente no es contra la comunidad, sino contra el necesitado que ve defraudada su pretensión de solidaridad. Y por el otro, desde una perspectiva práctica, resulta que el derecho de legítima defensa que JAKOBS le pretende otorgar a la víctima de una omisión del deber de socorro resulta excesivamente amplio, pues como él mismo reconoce, en la legítima defensa en favor del Estado «la proporcionalidad entre el bien defendido y el que se lesiona en la defensa tiene [...] el mismo significado que en el resto de supuestos de legítima defensa» (*ob. cit.*, 12/13).

(137) En un sentido distinto, cfr. ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 221 y ss., quien pareciera poner de manifiesto un punto débil (por incoherente) del planteamiento aquí defendido: frente al que omite el salvamento *ex art.* 195 CP de forma plenamente responsable cabría ejercer la misma violencia (estado de necesidad agresivo) que frente al que no satisface ese mismo deber de un modo completamente irresponsable, p. ej., en error de tipo invencible. Sin embargo, hasta donde alcanzo, es la naturaleza excepcional de estos deberes la que explica por qué tampoco su infracción responsable da pie a una injerencia en los intereses del omitente superior a la general.

(138) Al respecto, *pars pro toto*, ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, (53), 2000, pp. 362 y ss.; el mismo, *Revista General de Derecho Penal*, (26), 2016, p. 5.

(139) Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 293 y s.

ejemplo, cuando el que ha provocado negligentemente un accidente se niega posteriormente a socorrer a su víctima. A diferencia de lo sostenido de forma mayoritaria en la doctrina en Alemania, pero en consonancia con la *communis opinio* en España (140), no cabe reconocer al necesitado en tales supuestos un verdadero derecho de legítima defensa. Su derecho y el correlativo deber de salvamento que recae sobre el injerente carecen del estatus normativo suficiente como para facultar una respuesta en legítima defensa. Sin embargo, a fin de mantener una adecuada armonía entre la entidad del derecho o deber y la facultad para su imposición, tampoco sería adecuado conceder al necesitado el mismo derecho de defensa frente al omitente que ha provocado negligentemente su situación de necesidad que frente al extraño al que solo le une un vínculo de solidaridad mínima (141). La solución intermedia axiológicamente consistente nos la ofrece la regulación del estado de necesidad defensivo (142): al sujeto que ostenta una posición de competencia intermedia, obligado por un deber de competencia preferente, cabe forzarlo a que cumpla su obligación siempre y cuando con ello no se salvaguarde un interés esencialmente inferior al que se lesiona (143). Y ello, claro está, aunque la omisión

(140) Cfr. solo SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.^a ed., 2003, pp. 434 y s., 464; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 776, pp. 805 y ss., con ulteriores referencias.

(141) En las conclusiones, de parecida opinión, ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 218 y ss.

(142) En esta misma dirección, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 300 y s.; y sobre el fundamento de la posición de competencia preferente en situaciones de estado de necesidad defensivo, cfr. el mismo, *InDret*, (1), 2011, pp. 25 y ss.

(143) Ya PALERMO formuló de *lege ferenda* en su trabajo monográfico (*La legítima defensa*, 2006, pp. 243 y s.) una interesante propuesta de distinción gradual de las causas de justificación en atención a los distintos grados de intensidad normativa de los deberes. Mientras que solo cabría legítima defensa frente a la infracción de deberes negativos, frente al garante obligado por un deber positivo cabría reaccionar ejerciendo una facultad intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo. Es decir, cabría admitir una lesión de los bienes del obligado mayor a la tolerable en estado de necesidad agresivo, pero menor de la que debería soportarse en legítima defensa (*ob. cit.*, p. 243). Con ello pretende otorgar PALERMO un acomodo sistemático más apropiado a los supuestos en los que el agresor infringe un deber positivo (de garante): se concede al agredido un derecho de necesidad más intenso que el del estado de necesidad agresivo, pero con límites: «La ausencia del requisito de la proporcionalidad en legítima defensa es absolutamente ajena al fundamento de las relaciones positivas entre las personas, pues la construcción de un mundo parcialmente común no puede lograrse a costa de la exclusión de uno de los implicados». Ahora bien, por un lado, si como el propio PALERMO sugiere, frente al omitente garante positivo cabría reaccionar en estado de necesidad defensivo (*ob. cit.*, p. 244, n. 957), no es descartable que en el caso concreto se esté autorizando, p. ej., a acabar con la vida del omitente, es decir, a romper definitivamente el «mundo en común»

del obligado sea plenamente responsable. La posterior omisión no altera en nada la clase de competencia del omitente y, por extensión, el merecimiento de protección del derecho en cuestión. Así pues, si no voy errado, la facultad de defensa queda determinada con carácter general por la especie del deber que une al «agresor» y a su «víctima». El grado de responsabilidad puede efectivamente aminorar este derecho de defensa, de modo que frente a quien infringe un deber de competencia plena de un modo parcialmente responsable solo cabe defenderse en estado de necesidad defensivo. Pero no, en cambio, incrementar dicho derecho de defensa, es decir, el que el omiso salvamento *ex art. 195 CP* o *ex art. 195.3 CP* sea plenamente responsable no otorga a la víctima de la infracción del deber una facultad de defensa superior, esto es, una facultad de respuesta en estado de necesidad (defensivo) o en legítima defensa respectivamente.

V. CONCLUSIONES

I. El tardío desarrollo del delito omisivo es posiblemente la causa principal del escaso desarrollo dogmático de los puntos de confluencia entre aquel instituto y la legítima defensa.

II. Especialmente controvertida se muestra la cuestión de si y frente a qué clase de omisiones cabría ejercer legítima defensa. Mientras que para algunos autores solo constituye «agresión» a tal efecto un comportamiento activo, hay quienes admiten la legítima defensa frente a toda clase de omisiones (propias e impropias), incluso frente a omisiones penalmente atípicas. La doctrina mayoritaria admite la legítima defensa, pero la circunscribe a la defensa de bienes jurídicos frente a la omisión de un garante.

III. La legítima defensa puede ser definida como un instituto jurídico compensatorio o restitutorio: la defensa está permitida porque y en la medida en que aquella es idónea y necesaria para asegurar la vigencia de la demarcación previa y jurídicamente garantizada entre las esferas de libertad del agredido y del agresor cuando este último

conformado por omitente y necesitado. Por el otro, tampoco alcanzo a ver por qué el ordenamiento habría de tratar de garantizar un «mundo en común» que el agresor libremente ha decidido destruir. De hecho, y ya por último, el argumento de PALERMO pareciera presuponer que el derecho de defensa del necesitado queda en estos casos legitimado por su utilidad a fin de mantener una institución social. En mi opinión, sin embargo, lo que está en juego en estos casos son los intereses del menor, para cuya salvaguarda está dispuesta la institución. Ésta no es nunca un fin en sí mismo, sino un mero instrumento al servicio de quienes la integran.

pretende alterarla. Así pues, no toda puesta en peligro de un bien jurídico constituye agresión a los efectos de la legítima defensa.

IV. Asumiendo que el estatus jurídico-relacional básico entre los ciudadanos queda definido exclusivamente a partir de los derechos y deberes derivados de competencia plena, cabe afirmar que solo cabrá ejercer legítima defensa frente al cuestionamiento de un derecho pleno, esto es, frente a la infracción por parte de un garante de su deber de competencia plena. A estos efectos es irrelevante el carácter activo u omisivo de la infracción del deber.

V. Mientras que al infractor de un deber de competencia mínima solo cabe forzarlo a cumplir su deber dentro de los estrechos límites propios del estado de necesidad agresivo, a quien infringe un deber de competencia preferente cabe someterlo a los costes que impone el estado de necesidad defensivo. De este modo se consigue armonizar axiológicamente el sistema tripartito de derechos y deberes que caracteriza nuestro ordenamiento jurídico-penal con el sistema de aseguramiento privado de derechos a través de las causas de justificación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, R., «Límites al deber de socorro», *Revista General de Derecho Penal*, (26), 2016, pp. 1 y ss.
- «Autonomía, solidaridad y deber de socorro. (Un apunte histórico)», *ADPCP*, (53), 2000, pp. 361 y ss.
- ARZT, G., «Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr», en Grünwald (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein: zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1975, pp. 77 y ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal*, 5.ª ed., Madrid, 1998.
- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994.
- BARRAGÁN MATAMOROS, L., *La legítima defensa actual*, Barcelona, 1987.
- BARRY, C./ØVERLAND, G., «The Implication of Failing to Assist», *Social Theory and Practice*, (40:4), 2014, pp. 570 y ss.
- BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W./EISELE, J., *Strafrecht: allgemeiner Teil: Lehrbuch*, 12.ª ed., Bielefeld, 2016.
- BÖHM, A., *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Frankfurt a. M., 1957.
- BUBNOFF, E., «Organtransplantation aus der Sicht des Strafrechts», *GA*, 1968, pp. 65 y ss.
- CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español: Parte general*, v. II, 6.ª ed., Madrid, 1998.
- COCA PAYERAS, M., «Art. 442», en Paz-Ares Rodríguez et al. (eds.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991.

- COCA VILA, I., «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal», *InDret*, (2), 2017, pp. 1 y ss.
- *La colisión de deberes en Derecho penal*, Barcelona, 2016.
- «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 1 y ss.
- DENCKER, P. H., *Notwehr gegen Unterlassen*, Mainz, 1953.
- DENCKER, F., «Über Gegenwärtigkeit», en Freund (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, pp. 477 y ss.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Capítulo VII. Allanamiento de morada», en Bajo Fernández (ed.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, pp. 239 y ss.
- DÍAZ-PALOS, F., *La legítima defensa*, Barcelona, 1971.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006.
- ENGISCH, K., «Über Rechtsfragen bei homologer Organtransplantation. Ergänzende Bemerkungen aus der Sicht des Juristen», *Der Chirurg*, (38), 1967, pp. 252 y ss.
- ENGLÄNDER, A., «§ 32», *Matt/Renzikowski. StGB-Kommentar*, München, 2013.
- «Die Pflicht zur Notwehrhilfe», en Heinrich *et al.* (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin, 2011, pp. 657 y ss.
- *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Tübingen, 2008.
- ENNECERUS, L./NIPPERDEY, H. C., *Derecho Civil (Parte General)*, 3.^a ed., v. II, Barcelona, 1981.
- ERB, V., «§ 32», *Münchener Kommentar zum StGB*, 3.^a ed., München, 2017.
- FABRE, C., «Mandatory Rescue Killings», *The Journal of Political Philosophy*, (15:4), 2007, pp. 363 y ss.
- FELBER, R., *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen: zugleich ein Beitrag zur ratio des Notwehrrechts*, München, 1979.
- FREUND, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre*, 2.^a ed., Berlin, 2009.
- FRISTER, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: ein Studienbuch*, 7.^a ed., München, 2015.
- «Die Notwehr im System der Notrechte», *GA*, 1988, pp. 291 y ss.
- FUCHS, H., *Grundfragen der Notwehr*, Wien, 1986.
- GEILEN, G., «Notwehr und Notwehrexzeß (I)», *Jura*, (4), 1981, pp. 200 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La causalidad en la omisión impropia y la llamada »omisión por comisión«, *ADPCP*, (53), 2000, pp. 29 y ss.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984.
- GRECO, L., «Folter», en Hilgendorf/Joerden (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 2017, pp. 426 y ss.
- GÜNTHER, H. L., «§ 32», *SK-StGB- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., 31. Lfg., Köln, 1999.
- HAAS, V., «§ 13», *Matt/Renzikowski. StGB-Kommentar*, München, 2013.
- HALLEBEEK, J., «Cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer. Dos ejemplos de la tradición romanística», *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, (10), 2013, pp. 215 y ss.

- HELLMANN, U., *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, München, 1987.
- HELMERS, G., *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts*, Berlin, 2016.
- HERZBERG, R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972.
- HERZOG, F., «§ 32», *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, v. 1, 3.^a ed., Baden-Baden, 2010.
- HILL, D. J., «Ticking bombs, torture, and the analogy with self-defense», *APQ*, (4), 2007, pp. 395 y ss.
- HRUSCHKA, J., «Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre», *ZStW*, (2), 2003, pp. 201 y ss.
- «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *JuS*, (6), 1979, pp. 385 y ss.
- «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en Jescheck (ed.), *Festschrift fuer Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, pp. 189 y ss.
- IGLESIAS RÍO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Granada, 1999.
- ISENSEE, J., «Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates», en Müller (ed.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel, 1982, pp. 23 y ss.
- JAKOBS, G., «Unorthodoxe Bemerkungen zum objektiven Tatbestand der Nötigung», *JuS*, (2), 2017, pp. 97 y ss.
- *Nötigung. Darstellung der gemeinsamen Wurzel aller Delikte gegen die Person*, Paderborn, 2016.
- «Principios y límites de la justificación», *Derecho Penal y Criminología*, (34), 2013, pp. 13 y ss.
- «Teoría y praxis de la injerencia», *ADPCP*, (52), 1999, pp. 17 y ss.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin, 1991.
- «Nötigung durch Gewalt», en Hirsch (ed.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin, 1986, pp. 791 y ss.
- JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Berlin, 1988.
- JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlin, 1996.
- JOERDEN, J., «Solidaritätspflichten und Strafrecht», en von Hirsch/Neumann/Seelmann (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, 2013, pp. 49 y ss.
- «Der Streit um die Gänsebrust: Selbsthilfe im Strafrecht», *JuS*, (1), 1992, pp. 23 y ss.
- KAHLO, M., *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, Frankfurt am Main, 2001.
- KANT, E., *Metaphysik der Sitten*, Ed. Weischedel, v. 7, Frankfurt am Main, 1983.
- KARGL, W., «Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr», *ZStW*, (110), 1998, pp. 38 y ss.
- KAUFMAN, W., «Torture and the «Distributive Justice» Theory of Self-Defense: An assessment», *Ethics & International Affairs*, (1), 2008, pp. 93 y ss.
- KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

- KINDHÄUSER, U., «§ 32», *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, v. 1, 4.^a ed., Baden-Baden, 2013.
- «Zur Genese der Formel „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen«, en Freund (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, pp. 493 y ss.
- KÖHLER, M., *Recht und Gerechtigkeit*, Tübingen, 2017.
- *Strafrecht, allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg, 1997.
- KORIATH, H., «Das Brett des Karneades», *JA*, (3), 1998, pp. 250 y ss.
- KRATZSCH, D., *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, Berlin, 1968.
- KRETSCHMER, B., «Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit?», *RuP*, 2003, pp. 102 y ss.
- KUBICIEL, M., *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 2013.
- KÜHL, K., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., München, 2017.
- KÜHN, W., *Vermögensnotwehr und Selbsthilfe*, Halle, 1925.
- LAGODNY, O., «Notwehr gegen Unterlassen», *GA*, 1991, pp. 300 y ss.
- LERMAN, M., *La Omisión por Comisión*, Buenos Aires, 2013.
- LESCH, H., «Gewalt als Tatbestandsmerkmal des § 240 StGB», en Pawlik (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag*, Köln, 2007, pp. 327 y ss.
- «Die Notwehr», en Widmaier (ed.), *Festschrift für Dahs*, Köln, 2005, pp. 81 y ss.
- *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, München, 2000.
- LISZT, F. v./SCHMIDT, E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25.^a ed., Berlin, 1927.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de derecho penal parte general*, 3.^a ed., Valencia, 2016.
- *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978.
- MANRIQUE DE LARA MORALES, J., «La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible», *ADC*, (3), 2001, pp. 1165 y ss.
- MAURACH, R./ZIPF, H., *Strafrecht. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat v. I*, 8.^a ed., Heidelberg, 1992.
- MAYER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967.
- McMAHAN, J., «Justice and Liability in Organ Allocation», *Social Research*, (74:1), 2007, pp. 101 y ss.
- MERKEL, R., «Folter und Notwehr», en Pawlik (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag*, Köln, 2007, pp. 375 y ss.
- MEYER-BAHLBURG, H., «Unterlassen durch Begehen», *GA*, 1968, pp. 49 y ss.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal: parte general*, 10.^a ed., Barcelona, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La legítima defensa del derecho penal», *RJUAM*, (25), 2012, pp. 19 y ss.
- MURMANN, U., *Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., München, 2015.
- MÜSSIG, B., «Antizipierte Notwehr», *ZStW*, (115), 2003, pp. 224 y ss.
- NEUMANN, U., «Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts», en Lüderssen et al. (eds.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt am Main, 1990, pp. 215 y ss.

- NINO, C. S., *La Legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires, 1982.
- OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.^a ed., Berlin, 2004.
- ØVERLAND, «Forced Assistance», *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 203 y ss.
- PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona, 2006.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Art. 612», en Paz-Ares Rodríguez et al. (eds.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991.
- PAWLIK, M., «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», en Hruschka/Joerden (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (22), 2014, pp. 137 y ss.
- *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, 2012.
- *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002.
- «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *ZStW*, (2), 2002, pp. 259 y ss.
- PERDOMO TORRES, J. F., «¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?», *InDret*, (1), 2008, pp. 1 y ss.
- PERRON, W., «§ 32», *Schönke/Schröder - Strafgesetzbuch Kommentar*, 29.^a ed., München, 2014.
- RATH, J., «Grundfälle zum Unrecht des Versuchs», *JuS*, (12), 1998, pp. 1106 y ss.
- REQUEJO CONDE, C., *La legítima defensa*, Valencia, 1999.
- REZNIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994.
- ROBLES PLANAS, R., «Legítima defensa, empresa y patrimonio», *Polít. crim.* (22), 2016, pp. 704 y ss.
- «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, (4), 2013, pp. 1 y ss.
- «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS* (2), 2010, pp. 134 y ss.
- *Garantes y cómplices*, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el código penal*, Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ OLIVAR, G., *La legítima defensa imprudente*, Buenos Aires-Montevideo, 2008.
- ROXIN, C., *Strafrecht. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, v. 2, München, 2003.
- RÖNNAU, T./HOHN, K., «§ 32», *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, v. 2, 12.^a ed., Berlin, 2006.
- ROSENAU, H., «§ 32», *Satzger, Schluckebier, Widmaier, StGB Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.^a ed., Köln, 2016.
- RÜPING, H., «Recht der Organtransplantation», *GA*, 1978, pp. 129 y ss.
- RUSCONI, M., *La justificación en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1996.
- SANGUERO, B., *Self-Defence in Criminal Law*, Oxford, 2006.
- SCHUMANN, H., «Notwehr gegen Unterlassen?», en Degener (ed.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2012, pp. 287 y ss.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Studienbuch*, 2.^a ed., Tübingen, 1984.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Tübingen, 1970.

- SEELMANN, K., «§ 13», *Alternativ Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. 1, Luchterhand, 1990.
- SENBUSCH, R., *Die Subsidiarität der Notwehr*, Berlin, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret*, (3), 2014, pp. 1 y ss.
- *El delito de omisión*, 2.^a ed., Buenos Aires, Montevideo, 2012.
- «Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación», en da Costa Andrade (ed.), *Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. II, Coimbra, 2009, pp. 979 y ss.
- «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones*, (7), 2007, pp. 25 y ss.
- «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», en Consejo General del Poder Judicial, *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, pp. 153 y ss.
- «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, (35), 1982, pp. 663 y ss.
- SPENDEL, G., «§ 323c», *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, v. 8, 11.^a ed., Berlin, 2005.
- «§ 32», *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, v. 2, 11.^a ed., Berlin, 2005.
- STAHL, A., *Notwehr gegen Unterlassen*, Baden-Baden, 2015.
- STRATENWERTH, G., «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, (1), 1956, pp. 41 y ss.
- STRATENWERTH, G./KUHLEN, L., *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Straftat*, 6.^a ed., München, 2011.
- TIMPE, G., *Die Nötigung*, Berlin, 1989.
- VEHLING, K. H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt am Main, 1991.
- VOGEL, J., *Norm und Pflicht*, Berlin, 1993.
- VON DER PFORDTEN, D., «Zu den Prinzipien der Notwehr», en Amelung (ed.), *Strafrecht, Bierecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2003, pp. 359 y ss.
- WALTHER, S., «Notwehr — und danach?», en Putzke (ed.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebenzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2008, pp. 503 y ss.
- WELP, J., *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968.
- WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11.^a ed., Berlin, 1969.
- WEBBLAU, E., «Die staatliche Pflicht zum Schutz von Verbrechenopfern und das Verbot der Folter», en Paech (ed.), *Völkerrecht statt Machtpolitik: Beiträge für Gerhard Stuby*, Hamburg, 2004, pp. 390 y ss.
- WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *Strafrecht allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 46.^a ed., Heidelberg, 2016.

- WILENMANN, «Sobre la estructura argumentativa de los delitos de omisión impropia», en Cárdenas Aravena/Ferdman Niedmann (eds.), *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago de Chile, 2016, pp. 275 y ss.
- «Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa», *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 622 y ss.
- *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Tübingen, 2014.
- WOHLERS, W./GAEDE, K., «§ 323c», *Nomos Kommentar: Strafgesetzbuch*, v. 3, 4.^a ed., Baden-Baden.