

## PAWLIK SOBRE EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE Y LA RESTRICCIÓN DE BIENES DEL STGB

Leandro A. Dias\*

(Julius-Maximilians-Universität Würzburg)

**Title:** *Pawlik on the Excuse of Necessity and the Restriction of Legal Interests in the German Criminal Code*

**Resumen:** En la última década, Michael Pawlik se ha convertido en uno de los referentes del derecho penal en Iberoamérica, en parte a causa de cómo ha empleado un análisis profundo de filosofía del derecho con un abordaje cuidadoso de los problemas específicos de la parte general del derecho penal. En este trabajo se intentará mostrar, primero, lo provechosa que puede ser esta metodología, a partir de una reconstrucción del análisis que hace Pawlik de los fundamentos del estado de necesidad exculpante. Y, segundo, que su modelo teórico tiene un potencial crítico mucho más importante incluso que el que el propio autor ha reconocido. Para mostrar esto último se acudirá a un problema específico: la restricción de bienes pasibles de ser defendidos en estado de necesidad exculpante según el § 35 párr. 1 StGB. En particular, se afirmará que el edificio de fundamentos brindado por Pawlik, basado en gran medida en consideraciones de teoría de la libertad, permite llegar a conclusiones atractivas tanto *de lege lata*, como *de lege ferenda*.

**Palabras clave:** Derecho penal en Iberoamérica; Filosofía del Derecho; Fundamentos del estado de necesidad exculpante; Teoría de la libertad.

---

\* Doctorando y asistente científico (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Este trabajo se ha beneficiado de los útiles comentarios de Marcelo Lerman, Noelia Núñez, Gabriel Pérez Barberá, Santiago Truccone-Borgogno y María Lucila Tuñón Corti a distintos borradores preliminares. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación UBACyT “Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik. Análisis de las consecuencias dogmáticas de la renuncia a un concepto de ilícito independiente” (Código: 20020190100143BA), dirigido por el Prof. Dr. Marcelo Lerman.

**Abstract:** *In the last decade, Michael Pawlik has become one of the leading figures in the field of Criminal Law in Latin America and Spain, partly because of the way in which he has combined a deep philosophical analysis with a thorough approach to the specific problems of the general part of criminal law. This paper will try to show, first, how useful this methodology can be, based on a reconstruction of Pawlik's analysis of the foundations of the legal figure of necessity (as an excuse). And, secondly, that his theoretical model has a much more important critical potential than even the author himself has recognized. In order to show the latter, a specific problem will be addressed: the restriction of legal interests that can be defended in a situation of necessity according to § 35 para. 1 StGB. In particular, it will be argued that Pawlik's legal foundations, based to a large extent on considerations of theory of freedom, allow attractive conclusions to be reached both de lege lata and de lege ferenda.*

**Keywords:** *Criminal Law in Latin America; Philosophy of Law; Foundations of necessity; Theory of freedom.*

**Sumario:** 1. Introducción. - 2. Estado de necesidad exculpante y déficit de libertad. - 3. Bilateralidad, libertad positiva y a restricción de bienes del § 35 StGB. - 4. Capacidad de rendimiento del modelo teórico a partir de la restricción de bienes del § 35 párr. 1 StGB. - 4.1. En defensa del diagnóstico inicial. - 4.2. Crítica a la concesión de Pawlik. - 4.2. Capacidad de rendimiento de *lege lata*. - 4.3. Capacidad de rendimiento de *lege ferenda*. - 5. Conclusión. - 6. Bibliografía.

## 1. Introducción

La obra de Michael Pawlik ha tenido un impacto difícil de sobrestimar en la discusión jurídico-penal en España y Latinoamérica. La gran cantidad de reseñas en español a sus libros,<sup>1</sup> la publicación de diversos trabajos dedicados al análisis de sus ideas<sup>2</sup> e incluso la aparición

<sup>1</sup> Cf. FALCONE, A. "Recensión a Michael Pawlik: Ciudadanía y Derecho penal", *En Letra: Derecho Penal*, vol. 4, 2017, p. 245 ss.; LERMAN, M. "Recensión a Michael Pawlik: Das Unrecht des Bürgers", *InDret (ExLibris)*, 4/2014, p. 14 y ss.; LINIADO, A. "Recensión a Michael Pawlik: Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad", *RDP*, vol. 10, 2019, p. 1942 y s.; MAÑALICH, J. "Recensión a Michael Pawlik: Normbestätigung und Identitätsbalance", *InDret (ExLibris)*, 2/2019, p. 25 y ss.; MASSARI, L. "Recensión a Michael Pawlik: Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad", *DPyC*, vol. 7, 2020, p. 239 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, P., "Sobre los fundamentos de una teoría general del delito", *ZIS*, 2017, 182 ss.; SILVA SÁNCHEZ, P., "Recensión a Michael Pawlik: Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad", *InDret (ExLibris)*, 4/2019, 19 y ss.; SOLA RECHE, E., "Por una teoría 'propia' de la pena", *InDret*, 3/2007, p. 1 y ss.

<sup>2</sup> Véase, por todos, CIGÜELA SOLA, J., "El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal", *InDret*, 2/2017, p. 1 y ss.; LERMAN, M., "La cuestión del límite al ejercicio real del poder sancionatorio en la teoría de la pena de Michael Pawlik", *En Letra: Derecho Penal*, vol. 8, 2019, p. 40 y ss.; PALERMO, O. "El primado de las instituciones en el estado

reciente de algunos textos introductorios a su obra en general<sup>3</sup> son solamente algunos de los indicadores de que se está en presencia de un autor indispensable para entender los principales debates actuales del derecho penal de habla hispana. Si bien solo es posible especular sobre el tema, a falta de una investigación empírica, parece plausible postular que la obra de Pawlik es especialmente apta para captar la atención de este público. Si se parte de la base, como recientemente ha constatado Hilgendorf,<sup>4</sup> de que la discusión sobre los grandes temas del sistema de la parte general del derecho penal se produce con extraordinaria vivacidad entre los profesores y profesoras de derecho penal de habla hispana, entonces no sorprende que un pensador sistemático y preocupado por un tratamiento adecuado de las estructuras profundas del derecho penal como Pawlik (en especial de las relaciones axiológicas entre los distintos eslabones de la teoría del delito<sup>5</sup>) esté teniendo una influencia científica significativa.

A pesar de eso, otro de los aspectos destacables del pensamiento de este autor, a criterio de quien escribe estas líneas, es cómo ha puesto de manifiesto que los fundamentos de filosofía del derecho de las distintas figuras jurídicas del derecho penal influyen en la solución a problemas puntuales y relevantes para la praxis. Sus contribuciones sobre la discusión actual sobre dolo,<sup>6</sup> analizadas también recientemente en habla hispana,<sup>7</sup> pueden hacer las veces de prueba de estas afirmaciones. No obstante, el objetivo de los siguientes párrafos es el de mostrar que el modelo de fundamentación de filosofía del derecho de Pawlik, basado en gran medida en consideraciones de teoría de la libertad, puede ser incluso *más* fructífero para el tratamiento de problemas puntuales de la teoría del delito que lo que él ha llegado a plasmar en su propia obra.

---

de necesidad exculpante”, 2020. Véase también recientemente las contribuciones individuales en DIAS L., LERMAN, M. (eds.), *Derecho Penal y Libertad*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, Parte C; PÉREZ BARBERÁ, G. (ed.), *Pena ilícito y culpabilidad: Una discusión con Michael Pawlik*, Madrid, Marcial Pons, 2022 [en prensa].

<sup>3</sup> PÉREZ BARBERÁ, G., LERMAN, M., DIAS, L., “Introducción al pensamiento de Michael Pawlik”, *Derecho Penal y Criminología*, 2019, 2 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J., ROBLES PLANAS, R., PASTOR MUÑOZ, N., “Estudio preliminar”, en *Ciudadanía y Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 17 y ss.

<sup>4</sup> HILGENDORF, E., “Die deutsche Strafrechtswissenschaft der Gegenwart” en HILGENDORF *et al.* (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Band I, Heidelberg, C.F. Müller, 2019, § 18 nm. 8 (esp. nm. 21)

<sup>5</sup> Al respecto PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 20.

<sup>6</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 362 y ss. (esp. 382 ss.); ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal*, ob. cit., p. 142 y ss.

<sup>7</sup> En detalle, con referencias a otros autores latinoamericanos que también discuten en los últimos tiempos la postura de Pawlik sobre el tema, PÉREZ BARBERÁ, G., “¿Dolo como indiferencia?”, *En Letra: Derecho Penal*, vol. 11, 2021, pp. 91 y ss. Con especial hincapié en el derecho español RAGUÉS I VALLÉS, R., “¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi”, *En Letra: Derecho Penal*, vol. 11, p. 76 y ss.

Para desarrollar esta idea se tomará como muestra la crítica a los modelos de fundamentación del estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB) que ha ofrecido el autor (apartado II), así como su propuesta de refundación de esa figura jurídica a partir de consideraciones de teoría de la libertad, y se mostrará cómo ha concretizado su propuesta al tratar el problema puntual de la restricción del círculo de bienes pasibles de ser defendidos en estado de necesidad exculpante según el § 35 párr. 1 StGB (apartado III). En esa primera parte de la contribución se intentará demostrar que la crítica de filosofía del derecho de Pawlik a las concepciones usuales del estado de necesidad exculpante están justificadas y que su modelo de fundamentación es más sólido. Esta tarea se realizará, y aquí está el primer aporte científico novedoso para la cuestión, a través de la utilización de casos hipotéticos o experimentos mentales,<sup>8</sup> que servirán para acreditar intuiciones bien ponderadas de justicia y, de ese modo, “bajar a tierra” las consideraciones teóricas de Pawlik. Y como ya se señaló, el resultado será, sorpresivamente o no, favorable al esquema de fundamentación. Sin embargo, luego se señalará que la concretización de las bases filosóficas en el problema puntual de la restricción de bienes está mediada por algunos compromisos innecesarios y que por eso no termina de captar todo el potencial crítico del modelo de fundamentación de Pawlik: en especial sus repercusiones *de lege lata* y *de lege ferenda* respecto de la regulación actual del StGB (apartado IV). Aparece aquí el segundo aspecto científicamente novedoso de este trabajo, vinculado a cómo también mediante el uso de casos hipotéticos es posible notar que Pawlik no ha aprovechado al máximo el potencial de derecho positivo y de reforma del derecho de su propia teoría, a pesar de que daría lugar a resultados más atractivos intuitivamente (y, en algún sentido, más justos) que los usuales. Cerrarán el trabajo unas breves reflexiones finales (apartado V).

---

<sup>8</sup> Se asume que los experimentos mentales resultan aptos acreditar el atractivo intuitivo de distintas teorías normativas, tanto en la moral como en el derecho, y eso a su vez ofrece una base para tratar de lograr una especie de equilibrio reflexivo rawlsiano al momento de ofrecer principios normativos para evaluar conductas. Sobre el tema, desde una perspectiva como la aquí defendida, fundamentales, TADROS, V., *The Ends of Harm*, Oxford, University Press, 2011, p. 4 ss.; FROWE, H., *Defensive Killing*, Oxford, University Press, 2014, p. 2 ss.; KAMM, F., *Intricate Ethics*, Oxford, University Press, 2007, Chapter 1; QUONG, J., *The Morality of Defensive Force*, Oxford, University Press, 2020, p. 14 y ss. Para una crítica muy usual a la utilización de esta clase de experimentos mentales, véase SINGER, P., “Ethics and Intuition”, *The Journal of Ethics*, vol. 9, 2005, p. 331-352; GREENE, J., *Moral Tribes. Emotion, Reason and the Gap Between Us and Them*, Londres, Atlantic Books, 2015, *passim*. No obstante, véase la convincente contra-crítica de MEYERS, C.F., “Brains, trolleys, and intuitions: Defending deontology from the Greene/Singer argument”, *Philosophical Psychology*, vol. 28, 2015, p. 466-486.

## 2. Estado de necesidad exculpante y déficit de libertad

En un artículo publicado en JRE en 2003, Pawlik desarrolla un argumento por eliminación<sup>9</sup> decisivo para comprender la discusión contemporánea sobre el estado de necesidad exculpante. Puntualmente, muestra cómo los intentos de fundamentación de esta figura jurídica ofrecidos hasta ese momento poseen déficits esenciales en materia de teoría de la libertad.<sup>10</sup> Y como también señala al comienzo de esa contribución, se trataría de una cuestión para nada menor, en la medida de que si las bases del edificio dogmático resultan endeble (y difícilmente pueda dudarse de la conexión básica entre derecho penal y libertad), probablemente los desarrollos posteriores y más específicos que dependen de esas bases sufran del mismo defecto.<sup>11</sup> Vale la pena, entonces, repasar brevemente este argumento por eliminación.

Pawlik comienza su argumento con la constatación de que si bien hoy en día no es puesta en duda seriamente la legitimidad del § 35 StGB, un déficit de fundamentación se hace evidente ya desde una comprensión meramente negativa de libertad, es decir, como la ausencia de restricciones en el ejercicio de derechos, que subyace a un ordenamiento jurídico marcadamente liberal.<sup>12</sup> Tómese como punto de partida el caso clásico de la tabla de Carnéades:<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Sobre los argumentos por eliminación como estrategia para mostrar que, en el marco de discusiones normativas, una determinada teoría es la única plausible, a partir de la neutralización de las teorías contrarias, solo WOLFF, J., *An Introduction to Moral Philosophy*, 3ª ed., New York, Norton, 2020, p. 172.

<sup>10</sup> PAWLIK, M., “Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung”, *JRE*, vol. 11, 2003, p. 287 y ss.

<sup>11</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 287 (“Si los fundamentos son inestables, su falta de estabilidad se transmitirá a todos los demás componentes del edificio dogmático”).

<sup>12</sup> Así PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 288. En este sentido, Pawlik se remite a la concepción original de Isaiah Berlin y, al menos en principio y con ciertas correcciones hegelianas, parte de la comprensión habitual de la distinción entre libertad negativa y libertad positiva. Para el contraste entre esta conceptualización y una “comunitarista”, más inspirada en Rousseau, que ve la libertad negativa como la libertad de actuar según los propios deseos y la libertad positiva como autocontrol, véase WOLFF, J. *An Introduction to Political Philosophy*, 3ª ed., Oxford, University Press, 2016, p. 131 y s.

<sup>13</sup> La construcción del caso no es neutral, ya que asume que ambos naufragos morirán a menos que se haga algo. Tal vez sería más puro un caso en los que ninguno de ellos tocara la tabla, para así evitar consideraciones sobre quién tiene derecho a la posesión de la tabla. Sin embargo, se utilizó la configuración de casos comúnmente empleada en los manuales (cf. por ej. FRISTER, H., *Strafrecht AT*, 9ª ed., München, C.H. Beck, 2020, 20. Kapitel nm. 1; HILGENDORF, E., VALERIUS, B., *Strafrecht AT*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 2015, § 6 nm. 56; ZIESCHANG, F., *Strafrecht* 6ª ed., Stuttgart, Boorberg, 2020, nm. 372). Sobre la estructura del caso en las fuentes históricas AICHELE, A., “Was ist und wozu taugt das Brett des Carneades?”, *JRE*, vol. 11, 2003, p. 245 y ss. Sobre la recepción del caso en la literatura filosófica alemana, HRUSCHKA, J., “Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe - Das Brett des Carneades bei Gentz und bei Kant”, *GA*, 1991, p. 1 y ss.

*Tabla:* A y B, tras un naufragio respecto del que son inocentes, flotan sobre una tabla en el mar. Pero, a la larga, la tabla sólo soportará a uno de los dos. Por eso, A, quien teme por su vida, empuja a B de la tabla que está por hundirse. B se ahoga.

En un ordenamiento en el que la libertad negativa es un valor fundamental, parecería claro que B tiene una razón de peso para protestar: ha sido afectado notoriamente en su derecho a que se respete su esfera de libre disposición, es decir, su derecho a no sufrir injerencias injustificadas de terceros. Y esto sería así incluso si a A no se le concediese un *derecho*<sup>14</sup> a realizar la conducta,<sup>15</sup> ya que la posibilidad de una exculpación incluso de un homicidio, en los hechos, elimina una barrera de protección,<sup>16</sup> lo que requiere una fundamentación. En palabras de Pawlik:<sup>17</sup>

La circunstancia de que, sin embargo, el ordenamiento jurídico penal deje sin pena el ataque al destinatario de la intervención y, en esa medida, en última instancia sin una contradicción normativa, significa, desde este punto de vista, que también este ordenamiento, por su parte, priva al destinatario de la intervención del respeto correspondiente. Pero entonces, a la vista del estado de necesidad exculpante, el Derecho penal podría perder su pretensión de ser “la existencia de la voluntad libre”.

En este sentido, y de modo análogo a lo que sucede con el estado de necesidad justificante, aparece el problema de que a la víctima se le niega su reconocimiento al no ser sancionada la utilización de uno de sus bienes (que incluso puede implicar la aniquilación de su existencia) por otra persona.<sup>18</sup> A partir de esta constatación, Pawlik analiza los intentos de fundamentación usuales de la figura jurídica en cuestión y no encuentra

---

<sup>14</sup> La concesión de un derecho implicaría considerar a estos casos como justificados y no como (solo) exculpados. Probablemente en contra de esta solución PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 303. En cualquier caso, sería interesante explorar cómo esta discusión podría integrarse en un sistema unitario del delito en el que la distinción entre ilícito y culpabilidad no sea normativamente decisiva, como sugiere Pawlik. Lamentablemente, esta tarea deberá llevarse a cabo en otro lugar.

<sup>15</sup> La cuestión de si en estos casos también puede fundamentarse una facultad (limitada) (“prerrogativa agencialmente relativa”), de modo que el acto no sólo pueda ser exculpado, sino también justificado, es objeto de un acalorado debate en la filosofía moral contemporánea. Así, recientemente, QUONG, J., *The Morality of Defensive Force*, ob. cit., p. 69 y ss., con referencias adicionales. Para la discusión análoga en la doctrina española y también a favor de que se reconozcan jurídicamente ciertos derechos, y no solo excusas, a quienes optan por sus propios intereses o los de sus allegados, MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham”, en de Vicente Remesal, J., et al. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Madrid, Reus, 2020, p. 829 s.; ídem, “Caso de los intermediarios en secuestros”, en Sánchez-Ostiz, P. (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2011, p. 502 y s.

<sup>16</sup> Así BERNSMANN, K., „*Entschuldigung*“ durch Notstand, Köln, Carl Heymanns, 1989, p. 236 ss. Véase también PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 288.

<sup>17</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 289.

<sup>18</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 299.

razones que puedan compensar el mencionado déficit en materia de teoría de la libertad. Si bien la crítica es extremadamente detallada y aborda prácticamente todas las posiciones relevantes en la materia,<sup>19</sup> incluso con una serie de interpretaciones caritativas de ciertas ideas usuales,<sup>20</sup> los intentos de justificación que se encarga de rebatir podrían clasificarse en dos grandes grupos: los que recurren al instinto de autoconservación y aquellos que apelan a la idea de prevención.

Respecto de los primeros, probablemente los más usuales en la literatura más antigua,<sup>21</sup> pero que persisten hasta la actualidad como uno de los dos elementos de la teoría de la “doble disminución de la culpabilidad”,<sup>22</sup> a su vez es necesario hacer una división adicional. Así, el instinto de autoconservación puede ser tenido en cuenta, por un lado, como criterio *interno* al ordenamiento jurídico, en el sentido de que se debería mostrar comprensión (en lo que aquí interesa, la víctima de la injerencia debería demostrarla y no solo la comunidad) por el instinto de supervivencia del autor; que le impediría motivarse conforme a derecho a este último, negaría una actitud de enemistad frente al derecho, haría inexigible una conducta heroica de quien está en peligro, etc.<sup>23</sup> El problema principal de recurrir a este vínculo normativo<sup>24</sup> para unir la protesta

<sup>19</sup> Este hallazgo puede actualizarse hasta una década, ya que este punto de vista fue desarrollado por Pawlik en “Das Unrecht des Bürgers”, con la correspondiente actualización bibliográfica. Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 246 y ss. LERMAN, M., “Zuständigkeitskollision in Fällen des entschuldigenden Notstandes – Über die Grenzen der Anwendbarkeit des § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB”, *ZStW*, vol. 127, 2015, p. 288 y ss.; ídem, “Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante”, *InDret*, 1/2017, p. 6 y ss. también retoma la crítica de Pawlik más recientemente. Probablemente es seguro asumir que la situación no ha cambiado significativamente desde entonces, con la excepción de ciertos trabajos como la monografía de LEITE (*Notstand und Strafe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2019), que se centra en la idea de “derechos inherentes”.

<sup>20</sup> Esto queda especialmente claro, por ejemplo, en el análisis de la posición de GALLAS, W., *Beiträge zur Verbrechenlehre*, Berlin, Walter de Gruyter, 1968, p. 68 y ss. Cf. PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 294.

<sup>21</sup> Así PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 346.

<sup>22</sup> El otro elemento sería la contribución valiosa del autor para salvar un bien digno de protección, que se reflejaría en un valor de acción positiva y un valor de resultado positivo (al nivel del ilícito), con su reflejo correspondiente en la culpabilidad. Así, fundamental, RUDOLPHI, H., “Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?”, *ZStW*, vol. 78, 1966, p. 85, ss. En general sobre la doctrina (dominante) de la doble disminución de la culpabilidad, ROXIN, C., GRECO, L., *Strafrecht AT I*, 5ª ed., München, C.H. Beck, 2020, § 22 nm. 9 (véase también § 22 nm. 10 para una crítica). Un panorama crítico al respecto en PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 294 y ss.; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 350 nota 558.

<sup>23</sup> Sobre las diversas formulaciones con las que aparece la referencia al instinto de conservación en la discusión, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 348 y ss.

<sup>24</sup> Como señala Pawlik refiriéndose a las consideraciones de Kant, la mera referencia al hecho de la existencia de la necesidad no proporciona un fundamento. Cf. PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 288 y s. Es casi una obviedad señalar que tiene sentido buscar un contenido normativo que se aparte de esta afirmación de hecho para no caer en una falacia naturalista.

justificada de la víctima que morirá en *Tabla* y el mero hecho de la situación de necesidad a partir de la idea de autoconservación es que conduce a lo que Pawlik denomina una *representación puntualizada* del conflicto entre los contrincantes.<sup>25</sup> Con esto, el autor hace referencia a que si el déficit de libertad negativa frente a la víctima de la injerencia debiese ser compensado por alguna vinculación con este instinto que surge ante la situación de peligro, esto conduciría a una impunidad en todos los casos en los que al momento de la acción el autor en estado de necesidad actuase motivado por tal instinto. Y esto sería aplicable incluso si esa autoconservación fuese autoimpuesta o existiese un deber institucional especial de soportar el peligro. Piénsese en los siguientes casos:<sup>26</sup>

*Naufragio:* A y B, tras un naufragio, flotan sobre una tabla en el mar. Pero, a la larga, la tabla sólo soportará a uno de los dos. A diferencia de lo que sucede en *Tabla*, en los momentos previos al naufragio A tomó subrepticamente el timonel y estrelló intencionalmente<sup>27</sup> el barco en el que viajaba con B, con el fin destruir la embarcación y cobrar un seguro. A, quien teme por su vida, empuja a B de la tabla que está por hundirse. B se ahoga.

*Capitán:* A y B, tras un naufragio del buque en el que navegaban, flotan sobre un bote salvavidas en el mar. Pero, a la larga, el bote sólo soportará a uno de los dos. A, capitán del buque naufragado, teme por su vida y por eso empuja a B del bote que está por hundirse. B se ahoga.

Si lo decisivo para la exculpación fuese la actuación instintiva de A, entonces esta debería ser exculpada en estos dos casos. Pero parecería que esta solución resulta no solo contraria al sentimiento jurídico, sino que también se opone directamente al § 35 párr. 1 frase 2 StGB, que justamente impide la posibilidad de recurrir a una exculpación en estos dos supuestos. Pawlik explica que lo que sucede aquí es que este recurso al instinto de autoconservación, al centrarse en el momento *presente* de la acción impide considerar aspectos decisivos para la procedencia de una exculpación, provenientes del *pasado*, y que son determinantes para un ordenamiento jurídico tendente a garantizar una continuidad personal e institucional.<sup>28</sup> Por consiguiente, esta apelación al instinto de autoconservación, que produce resultados contraintuitivos y no puede explicar el ordenamiento positivo, tampoco encuentra una fundamentación razonable.

<sup>25</sup> PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 293; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 349.

<sup>26</sup> Casos comparables en LERMAN, "Zuständigkeitskollision", ob. cit., p. 284, 296 y ss.

<sup>27</sup> El término "intencionalmente" se utiliza para evitar una discusión sobre los casos en los que no se debe conceder una exculpación por provocar la situación de necesidad. Para una visión general de esta discusión, ROXIN, C., GRECO, L., ob. cit., § 22 nm. 44 ss., con referencias adicionales. Véase también PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., 307; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 356, nota 581, con referencias adicionales.

<sup>28</sup> PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 290; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 347.

Por otro lado, el instinto de autoconservación aparece también como criterio *externo* al ordenamiento jurídico, cuando se busca la fundamentación del estado de necesidad exculpante en consideraciones de teoría del contrato social de tinte hobbesiano: si la creación del Estado, cuyas reglas han de ser obedecidas, tiene como fin la preservación del interés de autoconservación de los contratantes, entonces cuando el Estado no puede brindarles seguridad vital en una situación concreta tampoco puede exigirles la observancia de las reglas jurídicas.<sup>29</sup> Es decir, en estos casos se produciría un retorno a un cuasi-estado de naturaleza,<sup>30</sup> en el que el autor en estado de necesidad podría preservar su existencia a costa de un inocente y su acción quedaría “fuera de los portales del derecho”.<sup>31</sup> Esta fundamentación, al recurrir al instinto de autoconservación, tiene el mismo problema que el señalado en el párrafo anterior respecto de la puntualización del conflicto<sup>32</sup> y el agregado de consideraciones de teoría del Estado no solucionan esta cuestión. Pero, señala Pawlik con razón, este quiebre de la juridicidad que acompaña al retorno a, en términos hobbesianos, la “guerra de todos contra todos” pre-jurídica, además veda la posibilidad de recurrir a cualquier clase de categorías jurídicas.<sup>33</sup> Entre estas últimas se encuentra, por supuesto, la regulación del § 35 StGB. Es decir, en el estado de naturaleza no regiría esa regulación por demás detallada de los requisitos para que la acción del autor en estado de necesidad sea exculpada por el derecho y el único “derecho” sería el del más fuerte.<sup>34</sup> Y si esto es así, por razones de igualdad debería regir lo mismo para la persona inocente que sufre la injerencia, quien en el estado de naturaleza podría defenderse contra el autor en estado de necesidad por encima incluso de lo permitido por el derecho de legítima defensa que le brinda el ordenamiento jurídico en estos casos.<sup>35</sup> Estas son algunas de las consecuencias sumamente drásticas que genera esta capitulación del derecho frente estos casos de peligros existenciales y parecerían ser suficientes para abandonar estos intentos de fundamentación.

<sup>29</sup> Una síntesis en PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 289 y ss.; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 346 y ss.

<sup>30</sup> Se adopta esta terminología de ENGLÄNDER (“Zur Begründung der Notwehr im deutschen Strafrecht: überindividualistisch, dualistisch oder individualistisch?”, en HILGENDORF, E., et al. (eds.), *FS Sancinetti*, Berlín, Duncker & Humblot, 2020, p. 303), quien crítica argumentos similares que se esgrimen para fundamentar el derecho de legítima defensa.

<sup>31</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 290; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 347.

<sup>32</sup> Cf. PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 290 y s.; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 347.

<sup>33</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 290; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 347.

<sup>34</sup> Sobre esta caracterización habitual del estado de naturaleza de Hobbes, solo HILGENDORF, “Aufklärung” en HILGENDORF, E., JOERDEN, J. (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín, J.B. Metzler, 2021, p. 145; WOLFF, *An Introduction to Moral Philosophy*, ob. cit., p. 8 ss.

<sup>35</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 290; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 347.

Con respecto a los argumentos que recurren a ideas de prevención, tanto general como especial, y que no colocan en el centro de la discusión al instinto de autoconservación (sino que en todo caso realizan una vinculación mediata), la crítica de Pawlik es más sutil, pero no por eso menos certera. Algunos defensores de las teorías de la prevención más modernas intentan legitimar las reglas de estado de necesidad exculpante al señalar que debido al carácter extraordinario e imprevisible de la situación de necesidad decaerían las necesidades preventivas: ya no habría necesidad de reforzar la confianza de la población en la continuidad de la vigencia del ordenamiento jurídico (prevención general positiva),<sup>36</sup> o bien de resocializar al autor (prevención especial).<sup>37</sup> De este modo, el fundamento de la exculpación ya no se vería en el interés individual de autoconservación del necesitado, sino en la aceptabilidad social de la decisión tomada por el autor en estado de necesidad.<sup>38</sup> Si bien estas posturas, en especial en su variante de prevención general positiva, pueden ser útiles para explicar regulaciones como el § 35 StGB, por ejemplo, a partir de consideraciones basadas en determinadas funciones que cumple el derecho penal, como la confirmación de la identidad social,<sup>39</sup> no pueden realizar (ni pretenden) ningún aporte para justificar, frente al destinatario de la intervención, por qué *debería* aceptar una injerencia a su libertad (negativa).<sup>40</sup> De hecho, si su aporte quisiese traducirse en el lenguaje de la teoría de la libertad, según Pawlik el resultado sería que al destinatario de la injerencia se le concede una protección de sus intereses de libertad solo en la medida de que eso sea “en favor del interés en la estabilización social”.<sup>41</sup> Pero esto parecería ir en contra de la asunción básica del reconocimiento de la víctima como persona autónoma y un fin

<sup>36</sup> PAWLIK considera que las teorías basadas en argumentos de disuasión, es decir, de prevención general negativa, se basan más en el instinto de conservación. Esto queda especialmente claro en su tratamiento de las posiciones de Kant y Feuerbach en *Das Unrecht des Bürgers* (p. 348 y s.). Asíumase como correcta esta clasificación, al menos a los fines de este trabajo.

<sup>37</sup> Cf. PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 296 y s.; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 348 y ss. Un punto de vista relativamente favorable respecto de estas perspectivas puede encontrarse en ROXIN, GRECO, ob. cit., § 22 nm. 11 ss.

<sup>38</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 297; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 352.

<sup>39</sup> Sobre la importancia relativa de estas posiciones en general, especialmente sobre la base de una reconstrucción de la posición de JAKOBS (por ejemplo, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken”, *ZStW*, vol. 107, 1995, p. 844 y ss.), véase PAWLIK, M., “Identität der Gesellschaft oder Identität des Rechtsanwenders? – Anmerkungen zur Aufgabe der Strafrechtswissenschaft”, en GIERHAKE, K., et al. (eds.), *FS von Heintschel-Heinegg*, München, C.H. Beck, 2015, p. 364 y ss. También EL MISMO, “Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs’ Strafrechtsdenken”, en KINDHÄUSER, U. et al. (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 242 y ss.

<sup>40</sup> Cf. PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 298; ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 352 s.

<sup>41</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 298.

en sí mismo, por lo que se produciría, cuando menos, una sospecha de instrumentalización<sup>42</sup> intolerable desde el punto de vista de la libertad.

De este modo, se presenta un panorama desolador. La figura jurídica del estado de necesidad exculpante, receptada en el StGB y en otros ordenamientos positivos<sup>43</sup> y que en general es aceptada,<sup>44</sup> carecería de una legitimación teórica convincente desde la teoría de la libertad. Pero justamente este es el resultado de un buen argumento por eliminación cuando no está acompañado de una fundamentación adicional mejor que las eliminadas. Lo interesante de esto es que Pawlik, de hecho, ofreció esta fundamentación y esta será desarrollada en el próximo apartado. Además, se mostrará cómo esta es concretada en un tema puntual de la regulación del § 35 StGB, como la restricción de bienes pasibles de estado de necesidad.

### 3. Bilateralidad, libertad positiva y a restricción de bienes del § 35 StGB

La crítica bosquejada en el apartado anterior sirve para poner de manifiesto cómo se ha desatendido en la fundamentación del estado de necesidad exculpante al interés de libertad negativa de la víctima de la injerencia. Para poder ofrecer una solución al problema, Pawlik se propone demostrar que también el autor en estado de necesidad cuenta con un interés de libertad con un peso lo suficientemente importante en términos normativos como para convertir en “axiológicamente inocua” la injerencia en una víctima inocente.<sup>45</sup> De este modo, es planteado un modelo de legitimación *bilateral*,<sup>46</sup> en el que podrían ser conciliadas las

---

<sup>42</sup> Sobre el problema de la instrumentalización en el contexto del estado de necesidad exculpante, recientemente LEITE, ob. cit., 2019, p. 131 y ss. Esta cuestión es también muy actual en el debate anglosajón sobre la moralidad de ciertos actos de homicidio. Véase ALEXANDER, L., “The Means Principle”, en FERZAN, K., MORSE, S. (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Oxford, University Press, 2016, p. 251-264; QUONG, ob. cit., p. 69; WALEN, A., *The Mechanics of Claims*, Oxford, University Press, 2019, p. 82 ss.

<sup>43</sup> Para un breve panorama de otras disposiciones, véase NEUMANN, U., “Necessity/Duress”, en DUBBER, M., HÖRNLE, T., (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, University Press, 2014, p. 584 y s. (Model Penal Code) y PRACK, M., “Aspectos generales sobre la regulación del estado de necesidad exculpante en el derecho local y comparado”, en DIAS, L., LERMAN, M., *Cuestiones problemáticas de estado de necesidad exculpante*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p. 45 y ss. (España y Latinoamérica).

<sup>44</sup> Por supuesto, no sin discusiones fundamentales. El ejemplo paradigmático de esto lo representa el debate español sobre los fundamentos, el reconocimiento y, dado el caso, la clasificación sistemática del estado de necesidad exculpante. Sobre el tema, véase MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 353 y ss.

<sup>45</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 298 y ss.

<sup>46</sup> Sobre el rol de la bilateralidad en el punto de vista de Pawlik LERMAN, “Zuständigkeitskollision”, ob. cit., p. 293 y ss.

pretensiones de libertad de todas las partes del conflicto existencial, al menos en configuraciones de casos de dos personas.<sup>47</sup>

Desde la perspectiva de la libertad negativa difícilmente pueda ofrecerse una fundamentación satisfactoria del interés del autor en preservar su existencia frente al destinatario de la intervención. Justamente, la queja de este último se basaría en este entendimiento de la libertad jurídicamente garantizada: su derecho a no sufrir injerencias arbitrarias de terceros se habría visto afectado y la prescindencia de una sanción al autor en estado de necesidad pondría en tela de juicio el reconocimiento de ese derecho. Pawlik considera que la aparente imposibilidad de atender a esta protesta se debe a que la tematización de la idea de libertad es realizada a partir de un grado de concreción todavía incompleto.<sup>48</sup> Puntualmente, a partir de una consideración de los intereses de las partes como *personas*, es decir, de individuos abstractos, absolutamente generalizados y carentes de biografía, que coexisten mediante esferas de libertad formalmente equiparadas.<sup>49</sup> En este contexto de ausencia de especificidad en la descripción de las partes del conflicto no es posible acceder a aspectos más precisos, como las necesidades e intereses concretos del necesitado,<sup>50</sup> que podrían contribuir a que el destinatario de la intervención pudiese entender la injerencia en su ámbito de libertad.

Pero el ordenamiento jurídico no reconocería únicamente la libertad negativa de quienes lo integran, sino que también estaría presente la idea de *libertad positiva*, entendida en el sentido del interés del individuo de conservar la integridad de su biografía personal.<sup>51</sup> Para poder acceder a este nivel más concreto de tematización de la libertad, Pawlik postula que no se debe analizar a los actuantes en estos casos solamente como personas, sino también como *sujetos*, es decir, como individuos con una biografía y que son responsables de sus respectivos planes de vida.<sup>52</sup> Desde esta perspectiva, en una situación como la de *Tabla*, ya no se trataría de una colisión entre personas generalizadas, entre meros portadores de derechos y deberes abstractos.<sup>53</sup> Por el contrario, se presentaría un conflicto entre sujetos determinados que dirigen sus vidas, con un pasado, un presente y un futuro.<sup>54</sup>

---

<sup>47</sup> En caso de varios intervinientes aparecen problemas especiales. Cf. PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 312 y ss. Sin embargo, esto no cambia el hecho de que la relación entre el autor del estado de necesidad y la víctima del estado de necesidad debe considerarse desde una perspectiva bilateral.

<sup>48</sup> PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 299.

<sup>49</sup> Cf. PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 300 y ss.

<sup>50</sup> PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 301.

<sup>51</sup> Un resumen en PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 315.

<sup>52</sup> PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 302.

<sup>53</sup> Véase también PAWLIK, M., "Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte", GA, 2003, p. 14 y s.

<sup>54</sup> Cf. PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 302.

Con esta concretización, la preservación de ciertos intereses vitales, cuya pérdida sería decisiva para el plan de vida del autor en estado de necesidad, aparece como una manifestación legítima de intereses como sujeto.<sup>55</sup> Es decir, la protesta del destinatario de la intervención basada en la posible afectación a su libertad negativa ya no sería lo único relevante, sino que también entraría en juego la afectación a la libertad positiva de quien realiza la intervención y que ocurriría por la destrucción de un bien existencial. En este diálogo entre sujetos concretos, el destinatario de la intervención estaría en condiciones de comprender al otro en su biografía como alguien quien tiene un interés valioso en preservar el plan de vida realizado hasta el momento y poder continuarlo en un futuro. Esto no significa, según Pawlik, que A en *Tabla* tenga un *derecho subjetivo* a salvar su propia vida por medio del sacrificio de un inocente, ya que una autorización así implicaría otorgarle un valor mayor a su propio plan de vida que al de la víctima, algo incompatible con el principio de igualdad.<sup>56</sup> Por consiguiente, la víctima mantiene su derecho de legítima defensa,<sup>57</sup> pero al no ser competente ninguno de los dos intervinientes por esta situación excepcional de peligro existencial se produce una paridad entre los correspondientes intereses como sujeto.<sup>58</sup>

Esta situación de empate sería la que permite legitimar desde la teoría de la libertad la decisión del legislador de exculpar al autor en estado de necesidad de conformidad con el § 35 párr. 1 frase 1 StGB. Y como en el grado de concretización del sujeto también es posible acceder al pasado de los contrincantes para la valoración de la relación jurídica, los problemas de puntualización que aquejaban a las teorías basadas en el instinto de autoconservación no se presentan aquí: en *Naufregio* y *Capitán* la responsabilidad previa por la situación de peligro<sup>59</sup> y la asunción también previa de un deber de soportar<sup>60</sup> pueden ser tenidas en cuenta al momento de decidir las competencias por el conflicto existencial entre intereses como sujeto y, eventualmente, negar una exculpación § 35 párr. 1 frase 2 StGB.<sup>61</sup>

No obstante, este modelo teórico del estado de necesidad exculpante no solo estaría en condiciones de legitimar esta figura jurídica en general. De hecho, en la parte final del mencionado artículo publicado en JRE, Pawlik muestra cómo su propuesta permite explicar prácticamente

<sup>55</sup> PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 302.

<sup>56</sup> PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 303. Véase también ídem, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 354 nota 571.

<sup>57</sup> PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 303. Sobre este tema, recientemente GARIN, A., "La defensa frente a ataques en estado de necesidad exculpante", *InDret*, 1/2020, 343 y ss.

<sup>58</sup> Cf. PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 304.

<sup>59</sup> Cf. PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 307 y s.

<sup>60</sup> Sobre los deberes institucionales, cf. PAWLIK, "Eine Theorie", ob. cit., p. 305 y s.

<sup>61</sup> En detalle sobre los posibles conflictos de competencias LERMAN, "Zuständigkeitskollision", ob. cit., p. 298 y ss.

todos los aspectos discutidos de la regulación hoy en día vigente en Alemania. Entre los temas abordados, aquí se colocará el foco, como ya se mencionó, en la supuesta restricción de bienes pasibles de ser defendidos en estado de necesidad exculpante, es decir, la vida, el cuerpo y la libertad, según el tenor literal del § 35 StGB párr. 1 StGB. Sobre esta cuestión, Pawlik señala que el StGB resulta extraordinariamente restrictivo, ya que a diferencia del estado de necesidad justificante (§ 34 StGB), el círculo de bienes se encontraría limitado y estarían excluidos, por ejemplo, el patrimonio y la propiedad.<sup>62</sup> Esto sería por supuesto discutible, pues “la pérdida del patrimonio o de una cosa insustituible puede contrariar el proyecto de vida del afectado de un modo no menos duradero que una merma en su integridad corporal o en su libertad de locomoción”.<sup>63</sup> Y si bien Pawlik señala que no debe sobrevalorarse la importancia práctica de esta restricción con respecto al catálogo abierto del estado de necesidad justificante, debido a que las pérdidas patrimoniales, incluso existenciales, suelen poder ser canalizadas por mecanismos institucionales,<sup>64</sup> también menciona que de todos modos persisten casos problemáticos en los que una exculpación sería axiológicamente aceptable.<sup>65</sup> Esto puede ilustrarse con una combinación entre el caso de Timpe<sup>66</sup> de la posible pérdida del manuscrito en el que trabajado 20 años un erudito y un ejemplo que ha brindado Pawlik en el marco de la discusión sobre estado de necesidad justificante defensivo:<sup>67</sup>

*Montaña mágica:* Thomas Mann, tras doce años de escritura, lleva el único manuscrito de “La montaña mágica” a la oficina de la editorial. Cuando está firmando el contrato de publicación, se desata repentinamente un incendio accidental que en un abrir y cerrar de ojos, debido a la cantidad de papel y materiales inflamables, llena de llamas el lugar. Para salvar a su manuscrito, que se encuentra en la otra punta de la sala, Mann debe

<sup>62</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 309.

<sup>63</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 309.

<sup>64</sup> Esto es cierto, al menos, en los estados bien organizados con un sistema adecuado de prestaciones sociales. Por supuesto, en situaciones no ideales (sobre las teorías no ideales, véase RAWLS, *A Theory of Justice*, Boston, Harvard University Press, 1999, p. 216) la cuestión puede ser distinta. Quizá por esta razón la discusión sobre este tema se ha intensificado bastante en los últimos años en Latinoamérica. Al respecto BEADE, G., LORCA, R., “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, *ISONOMÍA*, (47), 2018, p. 143 y ss.; GARGARELLA, R., “Penal coercion in contexts of social injustice”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 5, 2011, p. 22 y ss. Sobre la suficiente sensibilidad de la perspectiva teórica de Pawlik para captar la incidencia de estas condiciones problemáticas, a partir de un análisis de los excluidos en derecho penal, PAWLIK, M., “Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten?”, en HILGENDORF *et al.* (eds.), *FS Sancinetti*, Berlín, Duncker & Humblot, 2020, p. 150 y ss. Véase también SILVA SÁNCHEZ, J., “Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit?”, en BÖSE, M. *et al.* (eds.), *FS Kindhäuser*, 2019, p. 480 y ss.

<sup>65</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 309.

<sup>66</sup> TIMPE, G., “Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzess”, *JuS*, 1984, p. 863.

<sup>67</sup> PAWLIK, “Der rechtfertigende Defensivnotstand”, ob. cit., p. 19.

actuar rápido y la única forma de efectuar un salvamento oportuno es empujando al editor B, que está obstruyendo el camino, contra una pila de libros en llamas. Mann hace eso y logra salvar el manuscrito, pero B sufre graves lesiones producto de las quemaduras que para su sanación requieren varios meses de internación en un hospital.

Parecería que en estos casos, en los que la propiedad tiene un valor existencial para quien realiza la injerencia, debería al menos poder discutirse la posibilidad de una exculpación, lo que estaría vedado de antemano si el círculo de bienes pasibles de ser salvados en estado de necesidad exculpante estuviese limitado a los tres mencionados en el § 35 párr. 1 StGB. Entonces, aparece la posibilidad de realizar una interpretación teleológica ampliatoria de la regla, de modo tal que la enumeración no sea considerada taxativa, o, en caso de que el tenor literal u otras consideraciones metodológicas no permitan tal interpretación *de lege lata*, abogar por una modificación legislativa *de lege ferenda*. Sin embargo, Pawlik señala que si bien podría ser aceptable la ampliación de las posibilidades de exculpación a estos casos (como ya se mencionó), esta no sería una consecuencia normativamente forzosa.<sup>68</sup> Esto se debería a que la imposibilidad de una exculpación se podría entender y justificar como una *concesión* a los intereses de libertad de la víctima de la intervención: “Así, a través de una estricta tipificación de los intereses aptos para dar lugar a un estado de necesidad se debe limitar y debe resultar previsible el riesgo que surgiría para el destinatario de la intervención a través de la admisión, por vía de principios, de un estado de necesidad exculpante”.<sup>69</sup> Frente a esta explicación, en este trabajo interesa plantear la pregunta si este argumento cumple su cometido de hacer comprensible y justificar la mencionada restricción de bienes del § 35 párr. 1 StGB. En el próximo apartado se intentará demostrar no solo que tal cometido no ha sido cumplido, sino que además no se ha aprovechado parte del potencial crítico del modelo de fundamentación ofrecido.

## **4. Capacidad de rendimiento del modelo teórico a partir de la restricción de bienes del § 35 párr. 1 StGB**

### *4.1. En defensa del diagnóstico inicial*

Si lo que hace el trabajo de fundamentación de la impunidad de una injerencia, incluso masiva, en los derechos de un inocente es la libertad positiva del autor en estado de necesidad, como interés en que

<sup>68</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 309.

<sup>69</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 310.

se mantenga intacto un determinado bien esencial para su plan de vida, entonces parecería que en ciertos casos debería al menos discutirse la posibilidad de defender de forma exculpada bienes no nombrados en el § 35 párr. 1 StGB, como la propiedad. Este es el diagnóstico inicial de Pawlik y el ejemplo *Montaña mágica* es una prueba de su atractivo intuitivo. Por eso sorprende que él intente defender una limitación del círculo de bienes pasibles de estado de necesidad a la vida, el cuerpo y la libertad. Pero antes de analizar su argumento es necesario reforzar el diagnóstico inicial a partir de una respuesta a ciertas objeciones sustantivas que podrían surgir. Porque podría ser que haya sido apresurada la conclusión de que bienes como la propiedad pueden tener una importancia existencial para la biografía de los sujetos.

Una primera duda surge si uno se pregunta qué sucedería si el objeto salvado es considerado de importancia existencial por el sujeto interviniendo, pero solamente a partir de una sobrevaloración del valor de su bien y una subestimación de los intereses como sujeto del destinatario de la intervención. Es decir, surge la pregunta de qué sucedería cuando *subjetivamente* el bien salvado tiene una importancia biográfica decisiva, pero esa apreciación subjetiva es contraria a una apreciación *objetiva* adecuada. Piénsese en el siguiente caso:

*Camiseta:* Se está prendiendo fuego el departamento de A y B. Cuando ambos están por llegar a la puerta de salida, A, fanático del fútbol, recuerda que en su habitación se encuentra una camiseta de su equipo de fútbol favorito, el Napoli, firmada por el recientemente fallecido Diego Maradona. La única forma de salvar la camiseta es volver y, dado que no hay tiempo suficiente, empujar a su compañero de vivienda B contra una biblioteca en llamas, lo que le provocará severas quemaduras. A empuja a B, quien debe permanecer en el hospital varias semanas, y salva la camiseta de fútbol.

Incluso si en este caso se asumiese que la camiseta tiene subjetivamente una importancia vital para A, parecería que una exculpación privilegiaría en exceso sus intereses como sujeto en comparación con los de B. Entonces se podría objetar que este modelo de fundamentación subjetiviza demasiado las cosas<sup>70</sup> y la inclusión de bienes que desde una perspectiva objetiva serían de importancia claramente menor a la vida, el cuerpo y la libertad, colocaría a la víctima en una situación precaria. Si esto fuese así, la crítica sería sólida y *Camiseta* muestra que sería razonable que la determinación del carácter existencial o no existencial de los bienes en juego sea realizada de antemano y objetivamente, por ejemplo, por el legislador. Pero el modelo teórico de Pawlik no está comprometido con una exculpación en estos casos, ya que de su exposición

---

<sup>70</sup> Esta objeción fue formulada por Santiago Truccone-Borgogno después de leer una versión preliminar de este trabajo.

no se desprende que la evaluación del peso de los intereses deba estar sometida a la subjetividad de los intervinientes, o al menos no únicamente. Y, de hecho, Pawlik señala que la determinación de si la pérdida del bien en cuestión afecta existencialmente los intereses como sujeto del actuante se realiza “según el juicio de un público imparcial de sus co-sujetos”.<sup>71</sup> De este modo, no podría decirse que cualquier interés del autor en estado de necesidad puede ser defendido de forma impune, sino solamente aquellos intereses como sujeto cuya pérdida pueda ser considerada existencial desde una perspectiva imparcial, que recuerda en cierto modo al proceso de decisión rawlsiano en la posición original.<sup>72</sup> En todo caso, podría entrar en consideración en ciertos casos una aplicación de las reglas de error, no respecto de circunstancias fácticas, sino de la cuestión jurídica vinculada a los límites del estado de necesidad exculpante.<sup>73</sup>

Una segunda objeción podría partir de que al menos en ciertos casos los intereses como sujeto del autor en estado de necesidad en la salvación de un objeto de propiedad serían considerados existenciales incluso por el mencionado público imparcial de co-sujetos, pero su salvación sólo podría ser lograda a costa de un interés objetivamente más importante de la víctima. En *Montaña mágica* parecería que se podría conceder una exculpación no solo por el enorme valor que la obra tiene para la biografía del escritor que pasó doce años escribiendo su *magnum opus*, sino también por el hecho de que para salvar el manuscrito solo tiene que lesionar a la víctima, no matarla. ¿Pero se estaría dispuesto a aceptar una exculpación en este último supuesto? La respuesta no es evidente. Por lo pronto, Pawlik señala que el ámbito de aplicación del estado de necesidad exculpante se limita a casos en los cuales los intereses como sujeto de los intervinientes tienen “aproximadamente el mismo peso” y, por tanto, no podrían ser exculpadas situaciones en las que el interés como sujeto del destinatario es esencialmente mayor.<sup>74</sup> Si a esto se le suma la consideración hegeliana, a la que hace referencia Pawlik en dos ocasiones, de que

<sup>71</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 310.

<sup>72</sup> Véase RAWLS, ob. cit., p. 102 y ss. La cuestión de cómo debe determinarse exactamente el estándar, es decir, independiente de los intereses reales de los sujetos y en este sentido puramente objetivo o más bien subjetivizado, puede dejarse de lado aquí. Baste decir que el modelo de Pawlik no se compromete en principio con respuesta concreta a esta cuestión.

<sup>73</sup> Véase LEITE, ob. cit., p. 376 y ss.

<sup>74</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 310, con referencias adicionales. En los resultados también LERMAN, “Problemas relativos a la regulación legal del estado de necesidad exculpante”, en DIAS, L., LERMAN, M. (eds.), *Cuestiones problemáticas de estado de necesidad exculpante*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p. 281. Sobre este problema, en detalle, SILVA SÁNCHEZ, J., “Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand”, *JRE*, vol. 13, 2005, p. 688 y ss.

la vida sería “totalidad de los fines”,<sup>75</sup> entonces habría razones para no considerar exculpados estos casos. En otras palabras, el interés en conservar la vida sería superior al interés en la salvación de objetos materiales, incluso si estos son esenciales para el plan de vida del autor en estado de necesidad, por lo que no podría proceder la exculpación. Empero, la cuestión dista de ser clara ante bienes irremplazables y de importancia biográfica esencial desde una perspectiva imparcial, no solo para el autor en estado de necesidad, sino también para la generalidad. Piénsese en el siguiente ejemplo:

*Flor:* A es un biólogo que ha dedicado toda su carrera al estudio de una hermosa flor exótica en peligro de extinción debido al cambio climático. De hecho, posee el último espécimen de esa flor y tiene a cargo la tarea más importante de su vida: lograr que se reproduzca y evitar su extinción. Sin embargo, se prende fuego el laboratorio en el que está trabajando con la flor. La única forma de salvarla es empujando a su compañero de laboratorio B, quien está obstruyendo el paso, contra una biblioteca en llamas, lo que debido a los materiales inflamables de la cercanía le producirá una muerte por calcinación. A empuja a B y logra salvar la flor. B muere calcinado.

Es cierto que en estos casos, muy discutidos recientemente en la ética de la guerra en lo referente a la comisión de homicidios para proteger bienes culturales protegidos,<sup>76</sup> se mezclan varios de problemas que exceden el marco de este trabajo y que podrían afectar la evaluación moral y jurídica de este caso. Sin embargo, parecería ser un buen ejemplo para demostrar que incluso en casos de “propiedad contra vida” podría analizarse una exculpación y que la solución es discutible. Pero esto no afecta el edificio teórico brindado por Pawlik, dado que basta con señalar que por regla general no podría proceder una exculpación en casos de un conflicto entre intereses como sujeto basados en derechos de propiedad e intereses como sujeto basados en el derecho a la vida, pero dejar abierta la discusión de casos extremos. En conclusión, el diagnóstico inicial de Pawlik de que su modelo debería permitir, en principio, un *numerus apertus* de bienes pasibles de estado de necesidad es correcto y las posibles objeciones sustantivas pueden ser abordadas por este modelo sin mayores problemas.

<sup>75</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 308, 311 nota. 90.

<sup>76</sup> Cf. BÜLOW, W., “Risking Civilian Lives to Avoid Harm to Cultural Heritage?”, *Journal of Ethics and Social Philosophy*, vol. 18, 2020, p. 278 y ss.; FROWE, H., MATRAVERS, D., “Conflict and Cultural Heritage A Moral Analysis of the Challenges of Heritage Protection”, *J. Paul Getty Trust Occasional Papers in Cultural Heritage Policy*, vol. 3, 2019, p. 21 y ss.; THOMPSON, J., “War and the Protection of Property”, en PRIMORATZ, I. (ed.), *Civilian Immunity in War*, Oxford, University Press, 2007, p. 243 y ss.

## 4.2. Crítica a la concesión de Pawlik

Pero si el diagnóstico era correcto, entonces resulta al menos curioso que Pawlik justifique la restricción de bienes del StGB. Lo decisivo será analizar, entonces, el argumento brindado como fundamentación. Este podría ser reconstruido del siguiente modo: si bien en principio debería poder entrar en consideración una exculpación en ciertos casos de defensas de derechos de propiedad en una situación de estado de necesidad exculpante, establecer de antemano que solo serán pasibles de defensa tres bienes importantes sería una concesión a los intereses de libertad del destinatario de la intervención. Esto produciría una disminución de los riesgos a los que sería sometido este último y que se derivarían de un *numerus apertus*.<sup>77</sup>

De antemano, puede descartarse una interpretación del argumento centrada en una supuesta *primacía* de los intereses de libertad negativa (del destinatario de la intervención) por sobre los intereses de libertad positiva (de quien realiza la intervención). Este es un camino posible de fundamentación,<sup>78</sup> pero no parecería ser uno tomado por Pawlik,<sup>79</sup> y que en todo caso requeriría de un mayor desarrollo en lo que se refiere a su traslado al problema puntual del estado de necesidad exculpante. En especial porque si se asumiese algo así, entonces probablemente debería reformularse esencialmente la estructura del modelo de legitimación propuesto, que está basado en el hecho de que los intereses de libertad resultan en principio equivalentes. Puntualmente: esto daría lugar a que la protesta normativa del destinatario de la intervención no pueda ser atendida por medio de una apelación a la libertad positiva del interviniente, sino que a lo sumo este último interés podría solo compensar de forma parcial el déficit de legitimación y volvería a dejar un saldo negativo en términos de teoría de la libertad. Y no queda claro cómo una restricción del círculo de bienes estaría en condiciones de aportar ese plus de legitimidad.

Parecería más plausible, y quizá consistente con el empleo del término “riesgo” por parte de Pawlik,<sup>80</sup> considerar que la concesión a la libertad negativa del destinatario de la intervención está basada en un *argumento de pendiente resbaladiza*: si se permitiese una exculpación del salvamento de cualquier clase de bienes en contra de la libertad negativa de una persona inocente, entonces se correría un riesgo irrazonable de abusos que no estaría presente (o estaría reducido) si el círculo de bienes

<sup>77</sup> Cf. PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 309 y s.

<sup>78</sup> Un panorama sobre posibles alternativas en ROBLES PLANAS, R., “Negative und positive Pflichten im Strafrecht”, GA, 2013, p. 624 y ss.

<sup>79</sup> Cf. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 175 y ss. Al respecto, también COCA VILA, *Colisión de deberes en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 271 y ss.

<sup>80</sup> PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 310.

estuviese limitado estrictamente de antemano. Un caso parcialmente inspirado en la antigua discusión sobre exculpación de agresiones contra el honor<sup>81</sup> puede ser un buen ejemplo de esto:

*Honor:* A, socializado en el marco de una cultura diferente a la occidental y que valora el honor por encima de la vida, se entera que su pareja B le ha sido infiel. Dado que esa infidelidad es considerada una afrenta para su honor según sus concepciones valorativas y de la comunidad en la que se desenvuelve, decide golpear ferozmente a B, una práctica supuestamente “restaurativa” del honor. B estaba a punto de huir de la comunidad, por lo que se trataba de la última oportunidad de A para salvar su honor.

Según este modelo de fundamentación, es claro que esta acción no podría ser exculpada: como ya se mencionó, no interesa (o al menos no únicamente) el valor que subjetivamente le asigna el autor en estado de necesidad a su bien, sino su evaluación como existencial por co-sujetos imparciales. Y en estos casos también podría ponerse en duda la supuesta inexistencia de una desproporción esencial entre los intereses en juego, desproporción que sería obvia en los casos usuales de “asesinatos por honor”.<sup>82</sup> Es decir, el modelo de Pawlik resolvería adecuadamente estos casos, sin la necesidad de hacer ninguna restricción de bienes. Pero si se vedase desde el vamos la posibilidad de discutir una exculpación en casos así se reduciría el riesgo de errores de apreciación (tanto de los involucrados en el conflicto, como del aplicador del derecho) que podrían poner en peligro los intereses de libertad de la víctima. La pregunta es si las ventajas de este “bloqueo” son lo suficientemente importantes a nivel normativo para justificar una restricción contraria a la axiología del modelo de fundamentación.

A criterio de quien escribe estas líneas, el precio a pagar es demasiado alto y la contraprestación demasiado baja. Empiécese por esto último. Ya a nivel estructural, en cuanto a las supuestas ventajas aparecen las dudas usuales de todo argumento de pendiente resbaladiza.<sup>83</sup> Una primera duda se vincula a la arbitrariedad del comienzo de la pendiente:

---

<sup>81</sup> Un resumen de esta discusión clásica puede encontrarse recientemente en LEITE, A., ob. cit., p. 224 y s.

<sup>82</sup> Esto no quiere decir que haya una tendencia a tener cierta comprensión por los autores con valores diferentes a los de la mayoría en las sociedades occidentales. Sobre este tema, por todos, HILGENDORF, E., “Strafrecht und Interkulturalität”, *JZ*, 2009, p. 140 y ss.; HÖRNLE, T., “Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft”, *NJW-Beil.*, 2014, p. 35 y ss. De hecho, es probable que, incluso en los casos graves, haya que ser especialmente sensible a los conflictos propios de una sociedad multicultural. Sin embargo, los límites de este entendimiento parecen surgir en casos como el presente, como muestra el debate sobre los “asesinatos por honor”. Sobre esto, véase GRECO, L., “Ehrenmorde im deutschen Strafrecht”, *ZIS*, 2014, p. 314 y s.

<sup>83</sup> Cf. RIVERA LÓPEZ, E., *Problemas de vida o muerte*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 75 p. Para un interesante argumento de quiebre del dique contra los argumentos de quiebre del dique ENOCH, D., “Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You’re on a Very Slippery Slope”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, 2001, p. 634 y ss.

¿por qué deberíamos hacer el corte justamente aquí? En prácticamente todos los elementos del estado de necesidad exculpante pueden pensarse casos de exceso o de errores de apreciación por parte del autor en estado de necesidad. Y uno podría preguntarse, en definitiva, por qué se debería trazar la línea divisoria decisiva del comienzo de la pendiente con esta restricción de bienes y no un poco antes (por ejemplo, mediante una eliminación del bien “libertad”<sup>84</sup>) o un poco después (por ejemplo, mediante la incorporación del bien “propiedad”, pero manteniendo el *numerus clausus* y excluyendo, por ejemplo, al “honor”). Se podría decir que este punto de corte no es arbitrario, sino que el legislador lo eligió, por lo que estaría reforzado por el valor positivo del principio democrático. Este ciertamente sería un argumento complementario de importancia. Pero postérguese su tratamiento hasta la sección siguiente, en la que se analizarán los límites del tenor literal y la voluntad legislativa en el análisis del § 35 párr. 1 StGB.

La segunda duda se vincula al carácter empírico y contingente de estos argumentos, en el sentido de que se parte de la existencia de un riesgo de que produzcan casos inadmisibles. Ya se ha señalado que resulta plausible afirmar la existencia de *cierto* riesgo, como el que demuestra *Honor*. Pero la pregunta de si se trata de un riesgo lo suficientemente elevado como para ser considerado relevante no es contestada de modo decisivo por esas consideraciones de plausibilidad, sino que deberían estar acompañadas en principio por un estudio algo más detallado de esos riesgos, en especial de estudios empíricos.<sup>85</sup> Por lo pronto, que la restricción de bienes cumpla un rol relevante para la contención de excesos y errores de apreciación en casos extremos como los que se discuten aquí es algo que puede ponerse en duda.

Pero más allá de estos problemas intrínsecos de los argumentos de pendiente resbaladiza que afectan las ganancias de la restricción de bienes del StGB, el problema clave de este aseguramiento extra de la libertad negativa del destinatario de la intervención frente a posibles abusos es el del precio a pagar. Los casos que al parecer deberían ser exculpados, como *Montaña mágica* quedarían por fuera del ámbito de aplicación del estado

---

<sup>84</sup> Esto queda claro en la discusión sobre si la protección de la autodeterminación sexual puede fundamentar una exculpación en virtud del § 35 StGB. Véase sólo ENGLÄNDER, A., en MATT, H., RENZIKOWSKI, J., 2ª ed., München, C.H. Beck, 2020, § 35 nm. 5, con referencias adicionales (a favor) y ZIESCHANG, F., “Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe”, en HILGENDORF, E. *et al.* (eds.), en *Handbuch des Strafrechts*, Band II, Heidelberg, C.F. Müller, 2020, § 45 nm. 40, con referencias adicionales (en contra).

<sup>85</sup> Se podría, por ejemplo, examinar la práctica de los Estados que tienen una disposición similar al § 35 StGB, pero sin una restricción de los bienes jurídicos que pueden verse afectados en estado de necesidad exculpante, y ver si se han producido los correspondientes abusos en estos sistemas jurídicos, su frecuencia, etc. Sin embargo, hay que admitir que la tarea de aislar y analizar este problema concreto puede ser casi imposible en las condiciones actuales. En cualquier caso, es necesario realizar más investigaciones empíricas y de derecho comparado sobre este punto.

de necesidad exculpante y darían lugar a condenas injustas desde la perspectiva de la teoría de la libertad. Porque si en estos casos hay paridad de intereses entre los contrincantes, la negación no solo de una justificación de la acción que conserva la propia existencia (conforme el § 34 StGB), sino también de acceder a una exculpación (conforme el § 35 StGB) implicaría privilegiar injustamente los intereses de libertad del destinatario de la intervención.<sup>86</sup> Una teoría del delito que pretenda estar legitimada en términos de teoría de la libertad difícilmente podría aceptar un resultado así.

Claro que si esta injusticia estuviese determinada de modo decisivo en la ley, probablemente debería ser aceptada por los contrincantes, como parte de su deber general de obediencia. Pero parece razonable señalar que si resultase *posible* acomodar el derecho vigente de un modo tal que se neutralicen ciertas anomalías axiológicas, tendríamos buenas razones para realizar tal acomodo. Y aparece aquí nuevamente el “problema democrático”, en particular, la pregunta si es posible, *de lege lata* ampliar el círculo de bienes pasibles de estado de necesidad o, por el contrario, solo es posible abogar por una modificación legislativa, dado que la restricción ha sido realizada democráticamente. En la exploración de esta cuestión quedará clara la capacidad de rendimiento de la fundamentación filosófica del estado de necesidad exculpante propuesta por Pawlik.

### 4.3. Capacidad de rendimiento de lege lata

Hasta aquí se ha pretendido demostrar que el diagnóstico inicial de Pawlik es correcto, en el sentido de que su modelo de fundamentación en principio obligaría al menos a ampliar el círculo de bienes pasibles de ser defendidos en estado de necesidad (para abarcar, por ejemplo, ciertos intereses en la salvación de objetos irremplazables) y que el argumento brindado por el mencionado autor para justificar la limitación del StGB de la exculpación al salvamento de la vida, el cuerpo y la libertad no es convincente. Pero se postergó el tratamiento de un argumento democrático adicional: la restricción quizá no sería arbitraria, no solo porque podría explicarse (al menos parcialmente) como una concesión a la libertad negativa del destinatario de la intromisión basada en un argumento de pendiente resbaladiza, sino también porque ese argumento está reforzado por el hecho de que se trató de una decisión del legislador democrático frente a un problema material de difícil solución.

Es sabido que Pawlik en varias oportunidades ha criticado a la ciencia del derecho penal por desatender el aspecto democrático del derecho penal, en especial en materia de teoría de la criminalización con su rechazo

---

<sup>86</sup> Esto es reconocido en principio por Pawlik. Véase PAWLIK, “Eine Theorie”, ob. cit., p. 303.

al apego de la opinión dominante a la teoría del bien jurídico.<sup>87</sup> Y así como el legislador no tiene por qué tener en cuenta los límites que los reyes filósofos del derecho penal imponen para la creación de tipos penales, probablemente tampoco tendrían por qué tenerlos en cuenta en el ámbito de las causas de exculpación. Pero para poder siquiera entrar a esa discusión, primero debe responderse la pregunta de si, en efecto, el círculo de bienes del § 35 párr. 1 StGB está delimitado taxativamente por el legislador democrático, de modo tal que una ampliación vaya en contra de la ley. Esa parecería ser una opinión ampliamente extendida en Alemania, que considera que se trata de una enumeración taxativa.<sup>88</sup> Sin embargo, si uno simplemente se concentra en el tenor literal, y no en la opinión usual de los juristas sobre este, las cosas no lucen tan sencillas. En lo que aquí importa, la norma reza: “Quien, hallándose en una situación de peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad, no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico... [Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht...]”. Si bien en efecto hay una enumeración de bienes jurídicos que quizá parecería taxativa en una primera lectura, y así ha sido interpretada, no se utilizó una expresión apta para evitar *cualquier clase* de disputa interpretativa sobre el carácter taxativo de la enumeración como podría ser “exclusivamente”. Es cierto que si se considerase meramente enunciativa la interpretación, con el fin de incorporar, por ejemplo, a la propiedad en el círculo de bienes, uno quizá se alejaría del núcleo de significado de la regla y más bien se acercaría a la “zona de penumbra”, en términos hartianos.<sup>89</sup> Pero la interpretación se mantendría todavía dentro de los límites del tenor literal. Por consiguiente, ampliar el círculo de bienes no implica ir necesariamente en contra de la ley vigente en su redacción actual, sino en todo caso interpretarla de un modo extensivo.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> Cf. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, ob. cit., p. 102 ss.; ídem, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 42 s.

<sup>88</sup> Véase, por todos, BOSCH, N., “Grundprobleme des entschuldigenden Notstands (§ 35 StGB)”, *JURA*, 2015, p. 349 y s.; FRISTER, H., ob. cit., 20. Kapitel nm. 6; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., München, Vahlen, 2017, § 12 nm. 26; MURMANN, U., *Grundkurs Strafrecht*, 5ª ed., München, C.H. Beck, 2019, § 26 nm. 57; WESSELS, J., BEULKE, W., SATZGER, H., *Strafrecht AT*, 50ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2020, nm. 685; ZIESCHANG, F., “Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe”, ob. cit., § 45 nm. 39.

<sup>89</sup> Sobre la diferencia entre el núcleo de significado indiscutible y la zona de penumbra de indeterminación de los términos utilizados en las leyes escritas en lenguaje natural, dada su textura abierta, HART, H., *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford, University Press, 2012, p. 124 ss., 144.

<sup>90</sup> A favor de una ampliación del círculo de bienes jurídicos más allá de la enumeración legal, sin embargo, normalmente sobre la base de una analogía BÜNEMANN, B., HÖMPLER, L., “Nötigungsnotstand bei Gefahr für nichthöchstpersönliche Rechtsgüter”, *JURA*, 2010, p. 187; KÖHLER, M., *Strafrecht AT*, Berlin, Springer, 1997, p. 335; *NK-StGB/NEUMANN*, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, § 35 nm. 13; STRATENWERTH, G., *Strafrecht AT*, 4ª ed., München, C.H. Beck, 2000, § 10 nm. 104. Sobre la posibilidad de una atenuación facultativa de la pena JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 2ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1991, 20/9; TIMPE, G. ob. cit., p. 863 y ss.

Por supuesto que se podría agregar que la *voluntad* del legislador era realizar una enumeración taxativa, como señalan ciertos autores que reconstruyen esa supuesta intención a partir de distintos indicios.<sup>91</sup> De hecho, esto resulta bastante plausible a partir de lo que surge de los antecedentes legislativos.<sup>92</sup> No obstante, que haya razones basadas en el principio democrático para respetar lo establecido por el legislador en el texto de la ley no compromete al intérprete con la adopción, en principio, de ninguna regla de interpretación, como en este caso sería la interpretación histórica. No es este el lugar para ofrecer una crítica detallada de este canon de interpretación,<sup>93</sup> que en los últimos años ha tenido cierto renacimiento en Alemania.<sup>94</sup> Basta con señalar simplemente que la adopción de una relación de prelación de la interpretación histórica respecto de reglas de interpretación teleológicas que permitirían recurrir a los fundamentos (de filosofía moral) de la figura jurídica en cuestión<sup>95</sup> es una asunción discutible y para nada evidente.

Como cuestión *de lege lata*, esto significa que la defensa que ofrece Pawlik de la restricción de bienes no puede beneficiarse del plus de fundamentación que ofrecería el principio democrático sin tener que realizar ciertos compromisos: o bien con una lectura demasiado literal de la regla, o bien con una toma de postura a favor de la interpretación histórica en teoría de la interpretación. Por consiguiente, quizá tenga más sentido preguntarse si la conclusión normativamente forzosa del modelo de legitimación ofrecido por Pawlik no sería en realidad la ampliación de bienes en estado de necesidad exculpante, a partir de una interpretación teleológica

---

<sup>91</sup> Véase BOSCH, ob. cit., p. 350; ENGLÄNDER, en: Matt, Renzikowski-*StGB*, ob. cit., § 35 nm. 5; ROXIN, GRECO, ob. cit., § 22 nm. 22; WESSELS, BEULKE, SATZGER, ob. cit., nm. 685; ZIESCHANG, “Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe”, ob. cit., § 45 nm. 39. Con bastante cautela, *MK-StGB/MÜSSIG*, 4ª ed., München, C.H. Beck, 2020, § 35 nm. 16, quien reconoce el argumento de la voluntad del legislador, pero luego lo complementa con consideraciones sobre el significado existencial generalizable de estos bienes jurídicos y sus consecuencias desde una perspectiva de prevención general. Estas consideraciones son dignas de tenerse en cuenta, pero conllevan los ya mencionados déficits de legitimidad de los intentos de justificar el § 35 StGB sobre la base de ideas de prevención general positiva.

<sup>92</sup> Cf. BT-Drucks. IV/650 (E 1962), 161.

<sup>93</sup> Para una crítica decisiva del supuesto valor democrático de la interpretación histórica, KUBICIEL, M., *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2013, p. 40, con referencias adicionales.

<sup>94</sup> Véase solamente RÜTHERS, B., *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 2ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 73 ss.; RÜTHERS, B., FISCHER, C., BIRK, A., *Rechtstheorie*, 11ª ed., München, C.H. Beck, 2020, nm. 784 ss.; WALTER, T., “Der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel, verdeutlicht anhand des § 42 StAG”, ZIS, 2016, p. 747 y ss. Crítico al respecto COCA VILA, I., “Recensión a Bernd Rütters, La revolución secreta”, InDret (ExLibris) 4/2020, 565 s.; PUPPE, I., *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4ª ed., Göttingen, UTB, 2019, p. 126.

<sup>95</sup> En principio se reconoce que la interpretación teleológica sería la que incorporaría los argumentos de filosofía moral a la discusión sobre el significado de un concepto jurídico. Cf. solamente KLATT, M., “Juristische Hermeneutik”, en HILGENDORF, E., JOERDEN, J. (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlin, J.B. Metzler, 2021, p. 236.

extensiva y que, en todo caso, la carga de argumentación está del lado de quienes quieran defender una (presunta) restricción de bienes.

#### 4.4. Capacidad de rendimiento de *lege ferenda*

Hasta aquí la capacidad de rendimiento *de lege lata* en lo que se refiere a este problema puntual. Pero supóngase que no es posible realizar la interpretación teleológica propuesta, ni siquiera a partir de una analogía a favor del autor en estado de necesidad, por la razón que fuese. Si el modelo de legitimación propuesto por Pawlik realmente diese como resultado la necesidad de una ampliación del círculo de bienes, entonces se estaría en presencia de una postura con un interesante potencial crítico para la reforma del derecho penal. Es decir, sería posible extraer conclusiones que van más allá de lo que permitiría una interpretación del derecho positivo, esto es *de lege ferenda*.

Es cierto que la frecuencia de los casos de estado de necesidad exculpante probablemente sea baja y no existan razones apremiantes para llevar a cabo una reforma en Alemania. Pero, así como se reformó el StGB de forma decisiva en las décadas del sesenta y setenta, esto puede eventualmente volver a suceder y podría aprovecharse la oportunidad para corregir algunos detalles de la regulación actual, con el fin de evitar posibles inconsistencias axiológicas, como las que podrían surgir de la restricción de bienes del § 35 párr. 1 StGB. De hecho, un ejemplo de derecho comparado muestra cómo esta discusión puede ser particularmente relevante. En los últimos diez años, se han presentado dos Proyectos de Reforma del Código Penal Argentino.<sup>96</sup> Ninguno de los dos ha llegado a convertirse en ley, pero resulta interesante destacar que ambos establecen una regla de estado de necesidad exculpante (hoy en día no regulado expresamente en el Código Penal argentino<sup>97</sup>) sin ninguna restricción de bienes:<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12), Anteproyecto de Código Penal de la Nación; Poder Ejecutivo de la Nación, Proyecto de reforma al Código Penal de la Nación, EXP PE Nr. 52/19.

<sup>97</sup> En general, se intenta trasplantar las exigencias del § 35 StGB a una regulación lacónica, como por ejemplo la del art. 34 n° 2 del Código Penal argentino. Al respecto AGOSTINETTI, M., "La Culpabilidad", en LASCANO, C. (ed.), *Derecho Penal. Parte General*, Córdoba, Advocatus, 2005, p. 495; BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 1996, p. 158; CÓRDOBA, F., *Elementos de Teoría del Delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, p. 22; SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 287; ZAFFARONI, E., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 744.

<sup>98</sup> Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12), Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Art. 5 lit. g.

**Artículo 5 [Anteproyecto 2012]. Eximentes.**

No es punible: [...]

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

**Artículo 34 [Proyecto 2019].**

No serán punibles:

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

Puede observarse cómo en estas últimas dos propuestas legislativas que se han discutido en Argentina aparece una regla de estado de necesidad exculpante que no limita el círculo de bienes pasibles de ser defendidos en estas circunstancias. Reglas de esta clase permitirían solucionar adecuadamente casos como *Montaña mágica*, que en regulaciones como la actual del StGB darían como resultado una condena injusta (asumiendo que no es posible realizar la corrección *de lege lata* anteriormente mencionada). Y la postura de Pawlik, si se asumiesen sus principios fundamentales y el diagnóstico inicial aquí defendido, ofrecería un fundamento teórico sólido para estos movimientos de reforma de las disposiciones sobre estado de necesidad exculpante.

De hecho, en el último Proyecto argentino (2019), se ha seguido en lo esencial el texto del § 35 StGB, pero al momento de enumerar los bienes pasibles de estado de necesidad exculpante se ha agregado (tras la mención a la vida, el cuerpo y la libertad) la frase “o algún otro interés esencial”.<sup>99</sup> Es decir, se ha optado por un *numerus apertus* e incluso ya la redacción, con la utilización del concepto “interés esencial”, parecería estar directamente en línea con el modelo de fundamentación de Pawlik: lo que permitiría fundamentar la impunidad de quien realiza una intervención masiva en la esfera de libertad de otra persona inocente es justamente el conflicto existencial entre dos planes de vida que podrían perecer y que coloca a los contrincantes en una situación de empate a

<sup>99</sup> A favor del uso de esta formulación para limitar el alcance del estado de necesidad exculpante en una disposición que no limita el círculo de bienes jurídicos defendibles LERMAN, L., “La cláusula de estado de necesidad exculpante en el último Anteproyecto de reforma al Código Penal argentino”, *Enfoques Penales*, vol. 1, 2021, p. 2 y ss.

nivel normativo. Y para eso parece obvio que el bien defendido debe ser uno de importancia esencial.

Es decisivo señalar esto, porque la utilización de esta frase no solo entonces es consistente con la postura general de Pawlik, sino que también permite abordar legislativamente la objeción basada en la pendiente resbaladiza, ya que la pérdida de un bien cualquiera no podría dar lugar a una actuación impune en estado de necesidad exculpante. Solo en aquellos casos en los que un determinado bien (no circunscripto de antemano a un *numerus clausus*) sea esencial para el plan de vida de la persona afectada (agréguese: desde la perspectiva neutral de los co-sujetos de la comunidad) será posible acceder a una exculpación. El potencial para abusos contra el destinatario de la intervención en estado de necesidad se ve, entonces, reducido de forma razonable a partir de la introducción de esta cláusula, y casos como *Honor* o *Camiseta* no encontrarían una exculpación en una regulación de esta clase (ni, como ya se abordó, en la postura de Pawlik, con independencia del derecho positivo).

Lo que sí se debe conceder es que resulta posible que algunos casos límite requieran un tratamiento especial desde la postura de Pawlik ya en general, y probablemente también en lo relativo a una regulación ideal del derecho positivo que pueda dar lugar a una reforma legislativa. En particular, puede haber casos en los cuales el bien resulte de importancia esencial para el autor en estado de necesidad y la perspectiva de los co-sujetos imparciales no sea clara, debido a que la valoración del bien resulta discutible desde un punto de vista normativo. Piénsese por ejemplo en el siguiente caso:

*Perro:* A ama a su perro. Lo ha criado desde cachorro y forma parte integral de su vida. En medio de una inundación, A está a punto de ahogarse en una calle en la cual el agua superaba ampliamente su estatura. Tras haber perdido todas sus pertenencias, solamente lleva consigo a su perro, que también lucha por sobrevivir. De repente, avista un pequeño bote municipal en la calle y se sube con su perro. Empero, el bote es al mismo tiempo avistado por el sujeto B, quien también se sube. Tras unos metros de trayecto normal por el agua, el bote comienza a hundirse y tanto A como B se dan cuenta de que sería necesario arrojar al perro al agua para poder sobrevivir. B sugiere remover al perro del bote. Frente a esta situación, A empuja a B al agua y empieza a remar rápidamente hasta alejarse del lugar. A y su perro logran salvarse. B muere ahogado.

En estos casos, parecería que la primera reacción intuitiva, probablemente mediada por las valoraciones jurídicas y morales usuales, es la de considerar que A no puede acceder a una exculpación en caso de esta clase. En particular, el interés en preservar a un animal doméstico, valorado tradicionalmente como una cosa (privilegiada en relación con otras cosas, según la regulación que se trate), no podría superar el interés en preservar la vida de una persona inocente. Pero si al valor que el perro tiene para el autor en estado de necesidad desde un punto de vista subjetivo se

suma la reciente concientización sobre el valor de las vidas no humanas, ya desde un punto de vista no instrumental (es decir: no solo como el valor que esas vidas tienen para los seres humanos),<sup>100</sup> entonces las cosas distan de ser tan claras y puede haber opiniones divergentes, lo que repercutirá en la posible evaluación de la comunidad de co-sujetos.<sup>101</sup> Se presentan, entonces, los problemas de adición clásicos en la valoración de intereses de esta clase: ¿qué pasa si además de A y B, estaba en la tabla C, el hijo pequeño de A, que también ama a su perro? ¿Y qué sucedería si están en juego dos perros frente a un humano? Estas preguntas habrían sido consideradas alocadas hace unos años, pero hoy en día requieren de consideraciones serias y probablemente en el futuro esta problemática se acrecienta. De hecho, las recientes contribuciones sobre el rol de los animales en el derecho penal han abierto un ámbito de discusión notable, que sin dudas incluirá cuestiones de exculpación en el futuro.<sup>102</sup> Por lo pronto, basta decir que la mencionada cláusula del “interés esencial” está en condiciones de brindar una respuesta inicial en el sentido de bloquear la exculpación, porque el peso de la vida humana sería, en principio, objetivamente superior al de la vida no humana, pero también está en condiciones de dejar este problema relativamente abierto, en un ámbito en el que con seguridad se producirá conocimiento en el futuro. Y eso quizá sea algo valioso para el desarrollo posterior del derecho.

Por último, se podría señalar que estas consideraciones *de lege ferenda* quizá no sean las más apropiadas, ya que asumirían implícitamente que el estado de necesidad exculpante debe ser distinguido teóricamente del estado de necesidad justificante y, además, que ambas figuras deberían ser reguladas por separado en el ordenamiento legal y de forma detallada, como sucede en Alemania. Sin embargo, lo primero, al tratarse de una cuestión altamente discutida históricamente<sup>103</sup> quizá debería

<sup>100</sup> Sobre esta discusión, en el marco de las leyes contra la crueldad animal y con la mirada colocada en la fundamentación de delitos de bestialismo, GREEN, S., *Criminalizing Sex*, Oxford, University Press, 2020, p. 347 ss. Para un panorama general de la problemática, fundamental, SUNSTEIN, C., “Introduction”, en SUNSTEIN, C., NUSSBAUM, M. (eds.), *Animal Rights*, Oxford, University Press, 2004, p. 4 y ss., con referencias adicionales. Recientemente sobre la relación entre seres humanos y animales en la historia de la filosofía, HILGENDORF, E., “Mensch und Tier in der Philosophie”, en HIRTE, M., DEUTSCH, A. (eds.), *„Hund und Katz – Wolf und Spatz“*. *Tiere in der Rechtsgeschichte*., Rotemburgo, Editions Sankt Ottilie, 2020, p. 189 y ss.

<sup>101</sup> Véase sobre esta cuestión, desde la ética, solo el monumental trabajo de KAGAN, S., *How to Count Animals*, Oxford, University Press, 2019, *passim*.

<sup>102</sup> Para un panorama de los avances más recientes en la materia, desde un punto de vista jurídico, véase HOVEN, E., HAHN, J., “Tierschutzstrafrecht – Ein Überblick”, *JuS*, 2020, p. 823-827, con múltiples referencias adicionales. Una propuesta de fundamentación no solo jurídica también en MAÑALICH, “Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho”, *Revista de Derecho*, vol. XXXI, diciembre 2018, p. 321-337.

<sup>103</sup> Para un desarrollo histórico véase solamente BERNSMANN, K., *„Entschuldigung“ durch Notstand*, Köln, ob. cit., p. 12 y ss.; KÜPER, W., “Grundsatzfragen der ‘Differenzierung’

quedar abierto, mientras que lo segundo podría generar más costos que beneficios en comparación con la utilización de cláusulas generales sobre estado de necesidad, como las que pueden encontrarse en el art. 20.5 del Código Penal español.<sup>104</sup> Entonces, las consideraciones de Pawlik, aquí desarrolladas respecto de un problema puntual, tal vez deberían ser interpretadas como argumentos generales de legitimación filosófica que no deberían comprometer al legislador con una toma de postura respecto de la clasificación de las distintas formas de estado de necesidad, ni mucho menos con soluciones tan específicas como las que aparecen en el § 35 StGB o en las propuestas de reforma del Código Penal argentino.

Ante esta posible objeción es conveniente hacer tanto concesiones, como aclaraciones. Respecto de las concesiones, es cierto que en este trabajo se ha asumido al menos alguna clase de “teoría de la diferenciación” del estado de necesidad, en el sentido de que no existiría un estándar único de valoración, sino que algunos casos estarían justificados y otros exculpados. Esta asunción se debe simplemente a que esta es la posición dominante en la discusión alemana (y adoptada por el legislador) en la que se enmarca la postura de Pawlik,<sup>105</sup> y que en lo esencial ha sido adoptada por interpretación en otros países, como España.<sup>106</sup> También es cierto que la implementación de una regulación tan específica quizá implique, al menos en alguna medida, un menoscabo vinculado a la reducción del margen de maniobra de la doctrina y la jurisprudencia<sup>107</sup> no

---

zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung”, *JuS*, 1987, p. 81 y ss.; ZIESCHANG, F., “Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand”, *JA*, 2007, p. 679 ss.; ídem, “Die deutsche Strafrechtsentwicklung zwischen 1945 und 1975 am Beispiel der Vorschriften über den Notstand”, en HILGENDORF, E., WEITZEL, J., *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 174 ss. Una breve síntesis también en RENZIKOWSKI, J., “Notstand” en HILGENDORF, E., JOERDEN, J. (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín, J.B. Metzler, 2021, p. 505 y ss.

<sup>104</sup> Una postura de esta clase puede encontrarse, por ejemplo, en MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham”, *ob. cit.*, *passim*.

<sup>105</sup> Por todos, ROXIN, C., GRECO, L., *ob. cit.*, § 16 nm. 1 y ss., § 22 nm. 1 y s.; ZIESCHANG, F., “Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe”, *ob. cit.*, § 45 nm. 35, con referencias adicionales. Véase también ya KÜPER, W., “Der entschuldigende Notstand - ein Rechtfertigungsgrund?”, *JZ*, 1983, p. 88 y ss.; LENCKNER, T., *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965, p. 7 y ss.

<sup>106</sup> Véase las referencias a la discusión española, con menciones a cuál sería la opinión dominante, en GARCÍA RIVAS, N., “Lección 19. La culpabilidad III: Exigibilidad de una conducta lícita”, en DEMETRIO CRESPO, E., RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, p. 283 y ss.; LUZÓN PEÑA, D., “Exculpación por inexigibilidad penal individual”, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, vol. 8, n.º 14, 2016, p. 22; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Montevideo, B de F, 2015, Lección 17, nm. 19 y ss.; ORTS BERENGER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 397 y s. Cf. También MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal*, *ob. cit.*, p. 386 y ss.

<sup>107</sup> En este sentido, véase la crítica de Armin KAUFMANN (“Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf”, *ZStW*, vol. 80, 1968, p. 35) a la regulación detallada del proyecto oficial de 1962 (y también del proyecto alternativo), en comparación con las reglas menos pretenciosas del Código Penal del Imperio.

solo en lo que se refiere a cuestiones fundamentales, sino especialmente en los detalles concretos de cómo resolver casos difíciles. Quien escribe estas líneas, entonces, no vería en principio con malos ojos una regulación del tema menos detallada.

A pesar de estas concesiones, es necesario aclarar que se ha intentado mantener una cierta neutralidad respecto de la discusión histórica sobre estado de necesidad y lo que se ha señalado probablemente pueda ser trasladado, *mutatis mutandis*, a sistemas que rechacen la teoría de la diferenciación. Así, incluso en un ordenamiento que parta de considerar justificados a todos los casos de estado de necesidad (¡o exculpados!), los casos que se plantearon pueden aparecer y deberán ser resueltos. Aquí se han brindado lineamientos respecto de *cómo* se debería producir esa solución en términos de castigo o impunidad, y la cuestión de la clasificación sistemática ha sido relegada adrede a un segundo plano.

Respecto de las cláusulas generales, es posible que no sea lo más prudente atar la discusión de filosofía práctica a unos presupuestos legales extremadamente concretos, en lugar de brindar solo ciertos “puntos fijos”.<sup>108</sup> Pero si se quisiera implementar una regulación similar a la del § 35 StGB, o mantener una (por ejemplo, por un entendimiento estricto del mandato de certeza<sup>109</sup>), entonces deberían ser tenidas en cuenta las consideraciones vertidas aquí con el siguiente fin: para que la legislación en cuestión no genere resultados contraintuitivos o, en términos más cargados a nivel teórico, injustos. De todos modos, en este trabajo poco se ha dicho sobre la decisión básica relativa a si en un código penal ideal debería ser creada una regla de estado de necesidad exculpante en un primer lugar, cuestión que puede quedar más o menos abierta.

## 5. Conclusión

En esta contribución se ha reconstruido la fundamentación del estado de necesidad exculpante ofrecida por Pawlik y se ha testeado su capacidad

---

<sup>108</sup> JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 2ª ed., ob. cit., 4/16. También SANCINETTI, M., *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 19.

<sup>109</sup> Que el principio de legalidad en general, y el mandato de certeza en particular, rige respecto de las reglas de la parte general del código penal, lo que incluye a las causas de justificación y exculpación, es algo que hoy es reconocido mayoritariamente. Así, por ejemplo, DANNECKER, G., en DANNECKER G. *et al.* (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln, Heymann, 2007, p. 25 y ss.; FRISTER, H., ob. cit., 4. Kapitel, nm. 35; SCHMAHL, S., “Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Strafrecht” en HILGENDORF *et al.* (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Band I, ob. cit., § 2 nm. 50. La pregunta decisiva es qué tan estricto ha de ser entendido el mencionado mandato. Al respecto, véase por ejemplo GRECO, L., “Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genomener teleologischer Reduktionen”, *ZIS*, 2018, p. 476; ENGLÄNDER, A., *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 308 y ss.

de rendimiento a partir de un problema puntual, como la restricción de bienes pasibles de ser defendidos en estado de necesidad, a través de la utilización de experimentos mentales. Se ha querido demostrar que su postura tiene un potencial crítico más amplio que el que él mismo ha llegado a plasmar en su obra, lo que tendría repercusiones *de lege lata* y *de lege ferenda*. La muestra es ciertamente insuficiente para poder realizar una generalización certera, dado que se ha abordado solamente un problema relativamente pequeño. Sin embargo, puede que sirva como punto de partida para repensar el enorme potencial de la argumentación de filosofía del derecho aplicada a los problemas de la parte general del derecho penal que ha llevado a cabo este autor en las últimas décadas.

## 6. Bibliografía

- M. AGOSTINETTI, “La Culpabilidad”, en C. LASCANO. (ed.), *Derecho Penal. Parte General*, Córdoba, Advocatus, 2005, pp. 473-495.
- A. AICHELE, “Was ist und wozu taugt das Brett des Karneades? Wesen und ursprünglicher Zweck des Paradigmas der europäischen Notrechtslehre”, *JRE*, 2003, pp. 245-268.
- L. ALEXANDER, “The Means Principle”, en K. FERZAN, S. MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Oxford, University Press, 2016, pp. 251-264.
- E. BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 1996.
- G. BEADE, R. LORCA, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?”, *ISONOMÍA*, vol. 47, 2018, pp. 135-164.
- K. BERNSMANN, „*Entschuldigung*“ *durch Notstand*, Köln, Carl Heymanns, 1989.
- N. BOSCH, “Grundprobleme des entschuldigenden Notstands (§ 35 StGB)”, *JURA*, 2015, pp. 347-355.
- W. BÜLOW, “Risking Civilian Lives to Avoid Harm to Cultural Heritage?”, *Journal of Ethics and Social Philosophy*, vol. 18, 2020, pp. 266-288.
- B. BÜNEMANN, L. HÖMPLER, “Nötigungsnotstand bei Gefahr für nichthöchstpersönliche Rechtsgüter”, *JURA*, 2010, pp. 184-187.
- J. CIGÜELA SOLA, “El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal”, *InDret*, 2/2017, pp. 1-34.
- I. COCA VILA, *Colisión de deberes en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016.
- , “Recensión a Bernd Rüter, La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método”, *InDret. ExLibris*, 4/2020, pp. 562-567.

- F. CÓRDOBA, *Elementos de Teoría del Delito*, Tomo I, Buenos Aires, Hamurabi, 2021.
- G. DANNECKER, en G. DANNECKER *et al.* (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln, Heymann, 2007, pp. 25-40.
- L. DIAS, M. LERMAN (eds.), *Derecho penal y libertad*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021.
- A. ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- , “Zur Begründung der Notwehr im deutschen Strafrecht: überindividualistisch, dualistisch oder individualistisch?”, en E. HILGENDORF *et al.* (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020, pp. 297-312.
- D. ENOCH, “Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You’re on a Very Slippery Slope”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, 2021, pp. 629-647.
- A. FALCONE, “Recensión a Michael Pawlik: Cuidanía y Derecho penal”, *En Letra: Derecho Penal*, vol. 4, 2017, pp. 245-254.
- H. FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9ª ed., München, C.H. Beck, 2020.
- H. FROWE, D. MATRAVERS, “Conflict and Cultural Heritage A Moral Analysis of the Challenges of Heritage Protection”, *Paul Getty Trust Occasional Papers in Cultural Heritage Policy*, vol. 3, 2019, pp. 6-31.
- H. FROWE, *Defensive Killing*, Oxford, University Press, 2014.
- W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, Walter de Gruyter, 1968.
- N. GARCÍA RIVAS, “Lección 19. La culpabilidad III: Exigibilidad de una conducta lícita”, en E. DEMETRIO CRESPO, C. RODRÍGUEZ YAGÜE (coord.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, pp. 283-292.
- R. GARGARELLA, “Penal coercion in contexts of social injustice”, *Criminal Law & Philosophy*, vol. 5, 2011, pp. 21-38.
- A. GARIN, “La defensa frente a ataques en estado de necesidad exculpan-te”, *InDret*, 1/2020, pp. 336-363.
- L. GRECO, “Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kaufgenommener teleologischer Reduktionen”, *ZIS*, 2018, pp. 475-483.
- , “Ehrenmorde im deutschen Strafrecht”, *ZIS*, 2014, pp. 309-319.
- S. GREEN, *Criminalizing Sex*, Oxford, University Press, 2020.
- J. GREENE, *Moral Tribes. Emotion, Reason and the Gap Between Us and Them*, Londres, Atlantic Books, 2015.
- H. HART, *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford, University Press, 2012.

- E. HILGENDORF, "Aufklärung", en E. HILGENDORF, J. JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., J.B. Metzler, Berlín, 2021, pp. 143-156.
- , "Die deutsche Strafrechtswissenschaft der Gegenwart", en E. HILGENDORF *et al.* (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Band I, Heidelberg, 2019, pp. 853-896.
- , "Mensch und Tier in der Philosophie", en HIRTE, M., DEUTSCH, A. (eds.), *„Hund und Katz – Wolf und Spatz“*. *Tiere in der Rechtsgeschichte.*, Rotemburgo, Editions Sankt Ottilie, 2020, pp. 189-204.
- , "Strafrecht und Interkulturalität", *JZ*, 2009, pp. 139-144.
- E. HILGENDORF, B. VALERIUS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 2015.
- T. HÖRNLE, "Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft", *NJW-Beil.*, 2014, pp. 34-38.
- E. HOVEN, J. HAHN, "Tierschutzstrafrecht – Ein Überblick", *JuS*, 2020, pp. 823-827
- J. HRUSCHKA. "Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe - Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant", *GA*, 1991, pp. 1-10.
- G. JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken", *ZStW*, vol. 107, 1995, pp. 843-876.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1991.
- J. JOECKS, K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4ª ed., München, C. H. Beck, 2020.
- S. KAGAN, *How to Count Animals*, Oxford, University Press, 2019.
- F. KAMM, *Intricate Ethics*, Oxford, University Press, 2007.
- A. KAUFMANN, "Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf", *ZStW*, vol. 80, 1968, pp. 34-53.
- U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, U. PAEFFGEN, *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.
- M. KLATT, "Juristische Hermeneutik", en Hilgendorf/Joerden (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., J.B. Metzler, Berlín, 2021, pp. 233-239.
- M. KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner*, Berlin, Springer, 1997.
- M. KUBICIEL, *Die Wissenschaft Vom Besonderen Teil des Strafrechts: Ihre Aufgaben, Ihre Methoden*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2013.
- K. KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner*, 8ª ed., München, Vahlen, 2017.
- W. KÜPER, "Der entschuldigende Notstand - ein Rechtfertigungsgrund?", *JZ*, 1983, pp. 88-95.

- W. KÜPER, “Grundsatzfragen der ‘Differenzierung’ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung”, *JuS*, 1987, pp. 81-92.
- A. LEITE, *Notstand und Strafe: Grundlinien Einer Revision des Schuldbegriffs*, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.
- T. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1965.
- M. LERMAN, “Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante”, *InDret*, 2017/1, pp. 1-20.
- , “La cláusula de estado de necesidad exculpante en el último Anteproyecto de reforma al Código Penal argentino”, *Enfoques Penales* 1/2021, pp. 1-7.
- , “La cuestión del límite al ejercicio real del poder sancionatorio en la teoría de la pena de Michael Pawlik”, *En Letra: Derecho Penal*, vol. 6, 2019, pp. 40-54.
- , “Problemas relativos a la regulación legal del estado de necesidad exculpante”, en M. LERMAN, L. DIAS (eds.), *Cuestiones problemáticas de estado de necesidad exculpante*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, pp. 279-286.
- , “Recensión a Michael Pawlik: Das Unrecht des Bürgers”, *InDret, ExLibris*, 4/2014, pp. 14-23.
- , “Zuständigkeitskollision in Fällen des entschuldigenden Notstandes – Über die Grenzen der Anwendbarkeit des § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB”, *ZStW*, vol. 127, 2015, pp. 284-302.
- A. LINIADO, “Recensión a Michael Pawlik: Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad”, *RDP*, vol. 10, 2019, pp. 1942-1943.
- D. LUZÓN PEÑA, “Exculpación por inexigibilidad penal individual”, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, vol. 8, n° 14, 2016, p. 9-35.
- J. MAÑALICH, “Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho”, *Revista de Derecho*, vol. XXXI, diciembre 2018, pp. 321-337.
- , “Recensión a Michael Pawlik: Normbestätigung und Identitätsbalance”, *InDret, ExLibris*, 2/2019, pp. 25-33.
- M. MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- L. MASSARI, “Recensión a Michael Pawlik: Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad”, *DPyC*, vol. 7, 2020, pp. 239-242.
- H. MATT, J. RENZIKOWSKI, *Strafgesetzbuch*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 2020.
- C.F. MEYERS, “Brains, trolleys, and intuitions: Defending deontology from the Greene/Singer argument”, *Philosophical Psychology*, vol. 28, 2015, pp. 466-486.

- S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Montevideo, B de F, 2015.
- F. MOLINA FERNÁNDEZ, “Caso de los intermediarios en secuestros”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (ed.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2011, pp. 485-507.
- , “Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham”, en de VICENTE REMESAL, J., et al. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Madrid, Reus, 2020, p. 829 s.
- U. MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5ª ed., München, C.H. Beck, 2019
- U. NEUMANN, “Necessity/Duress”, en M. DUBBER, T. HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, University Press, 2014, pp. 583-606.
- E. ORTS BERENGER, J. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- O. PALERMO, “El primado de las instituciones en el estado de necesidad exculpante”, 2020, disponible en [[https://derecho.uai.cl/assets/uploads/2020/09/1version\\_palermo-omar-primado-de-las-instituciones-y-estado-de-necesidad-exculpante-1.pdf](https://derecho.uai.cl/assets/uploads/2020/09/1version_palermo-omar-primado-de-las-instituciones-y-estado-de-necesidad-exculpante-1.pdf)], enlace verificado el 20/07/2021.
- M. PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho Penal*, Barcelona, Atelier, 2016.
- , “Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs’ Strafrechtsdenken”, en KINDHÄUSER et al. (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp. 217-255.
- , *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- , “Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte”, *GA* 2003, pp. 12-24.
- , “Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten”, en E. HILGENDORF et al. (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020, pp. 145-158.
- , “Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung”, *JRE*, 2013, pp. 287-315.
- , “Identität der Gesellschaft oder Identität des Rechtsanwenders? – Anmerkungen zur Aufgabe der Strafrechtswissenschaft”, en K. GIERHAKE et al. (eds.), *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2015, pp. 363-376.
- , *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Baden-Baden, Nomos, 2017.
- G. PÉREZ BARBERÁ, “¿Dolo como indiferencia?”, *En Letra: Derecho Penal*, vol. 11, 2021, pp. 91-139.

- G. PÉREZ BARBERÁ, *Pena ilícito y culpabilidad: Una discusión con Michael Pawlik*, Madrid, Marcial Pons [en prensa].
- G. PÉREZ BARBERÁ, M. LERMAN, L. DIAS, “Introducción al pensamiento de Michael Pawlik”, *Derecho Penal y Criminología, Gaceta del Departamento de Derecho Penal y Criminología (UBA), Edición Especial: Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Pawlik*, 2019, pp. 2-6.
- M. PRACK, “Aspectos generales sobre la regulación del estado de necesidad exculpante en el derecho local y comparado”, en M. LERMAN, L. DIAS (eds.), *Cuestiones problemáticas de estado de necesidad exculpante*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, pp. 245-256.
- I. PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4ª ed., Göttingen, UTB, 2019.
- J. QUONG, *The Morality of Defensive Force*, Oxford, University Press, 2020.
- R. RAGUÉS I VALLÉS, “¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi”, *En Letra: Derecho Penal*, vol. 11, pp. 72-90.
- J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Boston, Harvard University Press, 1999.
- J. RENZIKOWSKI, J., “Notstand” en HILGENDORF, E., JOERDEN, J. (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín, J.B. Metzler, 2021, pp. 505-510.
- E. RIVERA LÓPEZ, *Problemas de vida o muerte*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- R. ROBLES PLANAS, “Negative und positive Pflichten im Strafrecht”, *GA*, 2013, pp. 624-640.
- C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht AT*, 5ª ed., München, C.H. Beck, 2020.
- H. RUDOLPHI, “Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?”, *ZStW*, vol. 78, 1966, pp. 67-89.
- B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 2ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- B. RÜTHERS, C. FISCHER, A. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 11ª ed., München, C.H. Beck, 2020.
- P. SANCHEZ-OSTIZ, “Sobre los fundamentos de una teoría general del delito”, *ZIS*, 2017, pp. 182-191.
- M. SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- , *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- S. SCHMAHL, S., “Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Strafrecht” en HILGENDORF *et al.* (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Band I, Heidelberg, C.F. Müller, 2019.

- J. SILVA SÁNCHEZ, “Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit”, en M. BÖSE *et al.* (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 475-482.
- , “Recensión a Michael Pawlik: Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad”, *InDret, ExLibris*, 4/2019, pp. 19-25.
- , “Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand”, *JRE*, 2005, pp. 681-696.
- J. SILVA SÁNCHEZ, R. ROBLES PLANAS, N. PASTOR MUÑOZ, “Estudio introductorio”, en *Ciudadanía y Derecho Penal*, Barcelona, Atelier, 2016, pp.17-32.
- P. SINGER, “Ethics and Intuition”, *The Journal of Ethics*, vol. 9, 2005, pp. 331-352.
- E. SOLA RECHE, “Por una teoría “propia” de la pena”, *InDret*, 2007/3, pp. 1-8.
- G. STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., München, C.H. Beck, 2000.
- C. SUNSTEIN, “Introduction”, en SUNSTEIN, C., NUSSBAUM, M. (eds.), *Animal Rights*, Oxford, University Press, 2004, pp. 3-15,
- V. TADROS, *The Ends of Harm*, Oxford, University Press, 2011.
- J. THOMPSON, “War and the Protection of Property”, en I. PRIMORATZ (ed.), *Civilian Immunity in War*, Oxford, University Press, 2007, pp. 239-256.
- G. TIMPE, “Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzess (§ 33 StGB)”, *JuS*, 1984, pp. 859-865.
- A. WALLEN, *The Mechanics of Claims and Permissible Killing in War*, Oxford, University Press, 2019.
- T. WALTER, “Der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel, verdeutlicht anhand des § 42 StAG Der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel, verdeutlicht anhand des § 42 StAG”, *ZIS*, 2016, pp. 746-755.
- J. WESSELS, W. BEULKE, H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 50ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2020.
- J. WOLFF, *An Introduction to Political Philosophy*, 3ª ed., Oxford, University Press, 2017.
- , *An Introduction to Moral Philosophy*, 2ª ed., New York, Norton, 2020.
- E. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.
- F. ZIESCHANG, “Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand”, *JA*, 2007, pp. 679-685.
- , “Die deutsche Strafrechtsentwicklung zwischen 1945 und 1975 am Beispiel der Vorschriften über den Notstand”, en E. HILGENDORF, J.

- WEITZEL, *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, pp. 174-191.
- , “Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe”, Band II, Heidelberg, C.F. Müller, 2020, pp. 791-848.
- , *Strafrecht AT*, 6<sup>a</sup> ed., Stuttgart, Boorberg, 2020.