

TRADUCCIONES

Solidaridad como categoría de legitimación jurídico-penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante

*Solidarity as a category of legal and penal legitimation:
The example of the state of aggressive need justifying*

Michael PAWLIK

Universidad de Friburgo, Alemania

RESUMEN El «estado de necesidad agresivo» justificante (§ 34 StGB), en la medida en que impone a un sujeto inocente una obligación de tolerar una injerencia en su propia esfera jurídica, supone un reto para cualquier sistema legal penal de corte liberal. Aunque esta obligación se ha fundamentado tradicionalmente en la idea de la «ponderación de intereses», lo cierto es que no resulta convincente dada su estructura utilitarista. En los últimos tiempos, el *topos* de la «solidaridad» ha reemplazado la aproximación de legitimación del instituto tradicional, sin embargo, mientras que aquel carezca a su vez de una justificación razonable, dicho *topos* no deja de ser más que un mero eslogan. A fin de cerrar esta brecha de fundamentación se recurre con frecuencia a consideraciones de prudencia. En este sentido, se afirma que a ojos de todo ciudadano resultaría prudente a fin de minimizar los propios riesgos de la vida el acordar con el resto de sus conciudadanos una regla como la del § 34 StGB. Sin embargo, esta aproximación no acierta a justificar de manera convincente el fundamento de la imposición de la obligación que la regulación del «estado de necesidad» trae consigo. Asimismo, falsea la naturaleza del injusto legal que el ciudadano comete al infringir la obligación en una situación de estado de necesidad. Por consiguiente, este trabajo sugiere contemplar al «autor» que actúa justificadamente en estado de necesidad como un representante de la comunidad solidaria estatal (*staatliche Solidargemeinschaft*). El derecho de solidaridad exigible por cada ciudadano en un estado de necesidad se erige pues, frente a sus conciudadanos como un todo, del mismo modo que sucede en el resto de supuestos de necesidad accidental. La persona individual a la que se le impone en el caso concreto el deber constituye por lo tanto una mera «estación de tránsito». Así las cosas, solo se pueden imponer aquellos deberes susceptibles de ser posteriormente compensados al mismo tiempo que la comunidad queda consiguientemente obligada a asegurarse que tal compensación tiene realmente lugar.

PALABRAS CLAVE Derecho Penal, estado de necesidad, solidaridad, ponderación de intereses, causal de justificación.

ABSTRACT The justifying «aggressive state of emergency»¹ (section 34 of the German Criminal Code/StGB) is a challenge to liberal criminal legal Systems, as it imposes a legal obligation to tolerate an intrusion into his own legal sphere onto an innocent bystander. This obligation is traditionally based on the notion of «weighing of interests», which is, however, not convincing due to the utilitarian structure of this idea. More recently, the topos of «solidarity» has replaced the traditional approach as a basis of legitimation, but this topos is not more than a mere catchphrase, as long as it lacks a reasonable justification. To close this justification gap, it is widespread to use prudential considerations. Accordingly, it is prudent for every citizen to agree on a rule along the lines of section 34 StGB with his fellow citizens, for the sake of minimizing his own risks of life. But this approach cannot convincingly answer the question regarding the reason for the obligation imposed by the «state of emergency» rules. Additionally, it falsifies the quality of legal wrong that a citizen commits by breaching his obligation during the state of emergency. Therefore, this essay suggests to see the «offender» who is justified by a state of emergency as representative of the State's caring society (staatliche Solidargemeinschaft). The right to solidarity, that can be claimed by any citizen in a state of emergency, is directed against his fellow citizens as a whole, just as in all other cases of need through no fault of one's own. The precise individual person the duty is actually imposed onto is merely a «transit station». Therefore, only such duties may be imposed onto him that can be compensated afterwards, and the community must also ensure that such compensation actually takes place.

KEYWORDS Criminal law, state of emergency, solidarity, weighing of interests, justification defences.

1. ¿De verdad «no puede haber necesidad alguna que torne legal lo que es injusto»?

Los intérpretes jurídicos suelen dispensar a la segunda parte de la «Metafísica de las Costumbres» de Kant (1983: 549 y ss.), esto es a la «Doctrina de la virtud», una atención más bien escasa. En particular, la sección sobre los deberes para con uno mismo² objeto de profunda controversia también entre los filósofos morales, pareciera poder

1. ^{*} En alemán: *Rechtfertigender Aggressivnotstand*. Este término es traducido con frecuencia como «necessity», cfr. por ejemplo, la traducción del Código Penal Alemán de *Bohlander*, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html. Esta traducción no es del todo exacta, pues el derecho alemán distingue dos clases de comportamientos justificados en «necessity», por un lado, comportamientos que están dirigidos contra la fuente del peligro («defensive state of emergency») y, por el otro, comportamientos que están dirigidos contra un tercero ajeno inocente («aggressivestate of emergency»).

2. Al respecto, Esser (2004: 348 y ss.).

ser ignorada sin mayores problemas por el lector interesado exclusivamente en cuestiones jurídicas. Esto, sin embargo, sería un error, pues Kant desarrolla justamente en este lugar una distinción de la teoría de los deberes que resulta igualmente relevante para la ciencia del Derecho. Kant distingue entre los deberes *negativos*, los que serían *restrictivos*, en la medida en que se dirigirían meramente a la autoconservación moral; y los deberes *positivos*, los cuales desplegarían un efecto *extensivo*, pues servirían a la propia perfección del individuo (Kant, 1983: 551).

No obstante, lo cierto es que de la distinción entre deberes negativos y positivos en la «Doctrina de la virtud» no se deriva a fin de cuentas consecuencia alguna, pues para Kant el hombre no solo está obligado a mantenerse en la perfección de su naturaleza, sino también a progresar de una perfección a otra respecto del estado en el que la mera naturaleza lo creó (Kant, 1983: 552). Las cosas, por el contrario, se ven de un modo distinto en el ámbito de la «Doctrina del Derecho». Pufendorf, Christian Wolff y, siguiendo a este último, el Derecho nacional prusiano común asumen todavía sin reparo alguno la existencia de un deber jurídico del individuo de llevar a cabo aquello que fomentaría el bienestar de la comunidad [*Gemeinwesen*].³ Por el contrario, el concepto de Derecho kantiano, siguiendo el modelo de Achenwall y no menos importante, el de Mendelssohn,⁴ no se refiere a «la relación del arbitrio con el *deseo* (por tanto, con la mera necesidad) del otro [...], sino solamente con el *arbitrio* del otro» (Kant, 1983: 337). Los seres humanos, en tanto que personas en Derecho [*Rechtspersonen*], se encuentran en el planteamiento de Kant en un plano de igualdad entre sí únicamente en atención a su libertad de acción. «Una comunidad en Derecho [*Rechtsgemeinschaft*] no es una comunidad solidaria de necesitados, sino una comunidad de autoprotección integrada entre capaces de acción» (Kersting, 1993: 98).

Bajo el techo de una comprensión del Derecho como esta únicamente hay espacio para los deberes negativos que sirven al mantenimiento de las posiciones jurídicas de otras personas que el actuante encuentra ya dadas, pero no para los deberes positivos, aquellos que tienden al ensanchamiento de los espacios de libertad de actuación ajenos.⁵ La necesidad es, desde este punto de vista, un «acontecimiento contingente en el mundo empírico», un «obstáculo interno a la libertad» en el marco de las esferas jurídicas de los afectados por la situación de necesidad (Kersting, 1993: 98) y es por lo tanto en el marco de esas esferas jurídicas donde ha de gestionarse.⁶ Así las cosas, las acciones en estado de necesidad —«violencia contra alguien que no ha ejercido contra mí violencia alguna»— (Kant, 1983: 343) están prohibidas incondicionalmente

3. Las referencias en Pawlik (2012: 163).

4. Al respecto, vid. Pawlik (2012: 163).

5. Esto ha sido puesto de relieve últimamente por Coninx (2012: 138 y ss.).

6. Por el contrario, si conoce sobradamente Kant un deber de virtud de socorro activo Kant (1983: 524 y 589).

del mismo modo en el que las acciones en legítima defensa —el rechazo de un «injusto agresor»— están permitidas.⁷ Por consiguiente, la conocida paremia de Kant, que contemplada aisladamente pareciera quizá una *petitio principii*, es absolutamente consecuente en el marco de su sistema: no puede haber necesidad alguna «que torne legal lo que es injusto» (Kant, 1983: 343).

El concepto de Derecho que subyace a esta comprensión es tan angosto que ni siquiera quien lo formula es capaz de sostenerlo hasta sus últimas consecuencias. Incluso Kant admite múltiples constelaciones de casos en los que resulta jurídicamente debida una extensión de los espacios de libertad de actuación ajenos. De ello da cuenta de modo manifiesto el deber de custodia de los padres respecto a sus hijos deber que, por lo demás, Kant no logra fundamentar de manera convincente.⁸ Pero también la obligación de abandonar el estado de naturaleza e ingresar en el estado civil, básica en la teoría del Estado de Kant, hace saltar por los aires el corsé de un ordenamiento de deberes puramente negativo. Ciertamente en el planteamiento de Kant, a diferencia de lo que sucede en el de Hobbes, existe ya en el estado de naturaleza, entendido este como el estado del Derecho privado puro, un mío y tuyo jurídicos. Dado que la competencia de interpretación sobre la existencia y el alcance de estas posiciones jurídicas residiría en cada uno de los habitantes del estado de naturaleza, los seres humanos nunca podrían en dicho estado hallarse seguros frente a actos de violencia (Kant, 1983: 430). Según Kant, todo el mundo está obligado a abandonar ese estado de naturaleza (Kant, 1983: 423) que él mismo caracteriza, pese a sus ingredientes de juridicidad, expresamente como no jurídico y «entrar en un estado en el que a cada uno se le determina *legalmente* y se le atribuye desde un *poder* suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo» (Kant, 1983: 430).

¿En qué apoya Kant esta obligación? No lo hace, como por ejemplo Locke en argumentos pragmáticos o de prudencia [*Klugheitsgründe*],⁹ pues este tipo de razonamientos serían de entrada demasiado endebles para fundamentar una obligación coercible,¹⁰ sino a partir de la idea según la cual solo en un estado de tales características «podría cada uno *participar* de su derecho» (Kant, 1983: 423). En efecto, los derechos que corresponden a los individuos solo logran fortalecerse bajo las condiciones propias del estado civil, convirtiéndose así en soportes fiables para una configuración vital acorde con los propios planes. Ahora bien, si *esta* es la razón por la que cada uno le debe al otro el paso hacia el estado civil, queda con ello probado que para Kant no solo es relevante para el Derecho el mero respeto a un *status quo* preexistente. El

7. Sobre la concepción kantiana de la legítima defensa, Hruschka (2003: 201 y ss.); Pawlik (2002: 266 y ss.).

8. Al respecto, en detalle, Pawlik (2012: 164 y s.).

9. Cfr. Locke (2007: 82); al respecto, Kersting (1994: 127).

10. Al respecto, en detalle, *infra* 4.

verdadero contenido del deber fundamental del ciudadano asumido por Kant consiste en cooperar en la *producción* (y, después, en el mantenimiento) de un estado de libertades no solo sobre el papel, sino real.

Este resultado, «sin embargo, puede tornar complejo trazar una frontera *de principio* entre los denominados derechos de defensa negativos y el resto de derechos de participación positivos» (Kliemt, 1995: 76).¹¹ ¿Por qué razón dicha obligación habría de limitarse a la conjura de aquellos factores de riesgo para una relación autodeterminada *real* de otras personas con sus posiciones jurídicas que se derivan del hecho de que en el estado de naturaleza «cada uno obra a su antojo» (Kant, 1983: 430), mientras se hace soportar al mismo afectado todas las demás inseguridades existenciales relevantes? Desde la óptica del *derecho político* kantiano, esta es ciertamente una delimitación *posible*, pero —en contra de lo que sugiere Kant en sus explicaciones sobre el *derecho de necesidad*— en ningún caso *forzosa*. Así pues, la pregunta de si debemos (con carácter general o, en todo caso, para el ámbito del Derecho penal) aferrarnos a tal delimitación no puede responderse con un apodíctico sí o no, sino que precisa de reflexiones diferenciadas.

La asunción de deberes jurídicos positivos se muestra relativamente exenta de problemas allí donde estos —por ejemplo, a través de la asunción del respectivo trabajo o la decisión sobre el rol parental— se pueden vincular a un acto de voluntad del obligado que fundamenta la competencia.¹² La voluntariedad de la elección del rol es «la estrategia social implícita más importante para la reducción de los «costes» que recaen sobre un sujeto moral» (Birnbacher, 1995: 318). ¿Por qué razón? Pues porque una concepción voluntarista de las obligaciones,¹³ tanto morales como jurídicas puede compatibilizarse sin más con el «individualismo moral» (Sandel, 2013: 112) hoy en día dominante y su idea central, la autodeterminación, en cuya persecución, según la observación del filósofo Peter Bieri, creen los hombres contemporáneos encontrar su dignidad y fortuna (Bieri, 2013: 7). Quien vive de manera autodeterminada no deja que sean otros los que dicten el contenido de su actuar, sino que lo determina él mismo al compás de sus propias convicciones valorativas y fines (Bieri, 2013: 57). Y a la inversa, quien actúa de manera autodeterminada debe soportar las consecuencias de su autodeterminación (Pawlik, 2012: 2019 y s.). Así pues, quien ha asumido un rol social no puede quejarse cuando se le somete a las exigencias derivadas de dicho rol.

Bastante más delicada es la atribución de responsabilidad en el caso de los deberes independientes de un comportamiento previo y que tan solo se vinculan a la especial capacidad de prestación del obligado (Birnbacher, 1995: 173). En estos casos falta un

11. Asimismo, Bayertz (1996: 316).

12. En detalle, Pawlik (2012: 186 y ss.); asimismo, Bayertz (1996: 305); el mismo, Bayertz (1998: 14), Mieth (2012: 15 y ss.), v. d. Pfordten (2013: 109).

13. Esta denominación la tomo de Sandel (2013: 112).

acto de asunción concreto y tangible; es suficiente con que el obligado y el necesitado se encuentren en el ámbito de validez del mismo ordenamiento jurídico y que a aquel le sea exigible la conjura de la situación de necesidad del otro miembro de la comunidad en Derecho [*Rechtsgenosse*]. Desde la perspectiva jurídico-penal esta responsabilidad puede presentarse, por un lado, de un modo tal que la no prestación de la ayuda exigida opere como fundamento para el *castigo* del obligado: es el caso de la omisión del socorro debido (§ 323c StGB). Por el otro lado, aquella puede manifestarse en forma de un *deber de tolerar injerencias por parte de terceros*. Esto es precisamente lo que acontece en el supuesto del estado de necesidad agresivo justificante (§ 34 StGB), que se sitúa en el centro de las reflexiones venideras. Este instituto jurídico exige a un ciudadano aceptar en favor de otro una injerencia en su esfera jurídica, pese a no ser responsable de su situación de peligro y no deberle tampoco al necesitado cuidado especial alguno. ¿Es posible fundamentar obligaciones de este tipo capaces de resistir a la presión que ejerce la idea de la autodeterminación?

2. El concepto de solidaridad como «tesis no interpretada»

A diferencia de lo que ocurre en otras culturas jurídicas,¹⁴ en la ciencia del Derecho penal alemana se responde afirmativamente a la pregunta acabada de formular de manera casi unánime.¹⁵ Desde hace ya algunos decenios,¹⁶ un sector en auge de la doctrina se remite para fundamentar tal respuesta a la idea de la «solidaridad de la comunidad en Derecho, la cual exige al individuo en determinados supuestos de necesidad una cierta medida de disposición al sacrificio».¹⁷ Del mismo modo que en el marco de la revolución francesa la *fraternité*, como concepto antecesor de la *solidarité*,¹⁸ habría de mitigar los rigores de la *liberté*,¹⁹ la solidaridad haría las veces de contravalor, más concretamente: operaría como correctivo del valor de la autode-

14. Las referencias en Dannecker (1999: 141, 159 y ss.).

15. Pese a ello crítico, Seelmann (2013: 47).

16. Respecto de la omisión del socorro debido, ya en los años cincuenta cabe encontrar opiniones en este mismo sentido; la discusión sobre el estado de necesidad agresivo se arrastra desde los años setenta. Las referencias sobre la omisión de socorro debido en: Kühnbach (2007: 96 y ss.); sobre el estado de necesidad agresivo, la misma, en: Kühnbach (2007: 52 y ss.).

17. Wessels (1970: 45), idéntico Wessels et. al (2013: nm. 295). Asimismo, Coninx (2012: 14 y s.); Erb (2011: § 34 nm. 7 y s.), Frisch (2011: 439), Frister (1988: 292), Günther (2013: § 34 nm. 2), Jakobs (1991: § 11 nm. 3), Kühl (2012: § 8 nm. 172 y § 9 nm. 17), Kühl, Lackner (2014: §34 nm. 1), Kühnbach (2007: 223), Neumann (2013: § 34 nm. 9), el mismo Neumann (2013: p. 164 y ss.), Renzikowski (1994: 188 y ss., 206), Wilenmann (2014: 124 y 148).

18. Los pormenores en Röttgers (2011: 19 y ss.).

19. Dallinger (2009: 24), Steinvorth (1998: 56 y s.) quien pone de manifiesto, no sin cierto *pathos*, que la idea de la solidaridad constituye la primera herida infligida por la revolución francesa al modelo liberal de Estado, pues le impone un elemento propio del modelo de Estado social.

terminación.²⁰ Así pues, aunque en principio se reconoce la limitación general de la teoría de la competencia jurídico-penal a los actos de auto vinculación del obligado, ésta habría de ser superada en situaciones de necesidad especialmente graves por un régimen residual de sostén recíproco.²¹ En este sentido, la «solidaridad» es la excepción que, en cierto modo, viene a reforzar precisamente a la regla de la «autodeterminación» en la medida en que le permite sortear algunas consecuencias potencialmente escandalosas.

La reducción del estado de necesidad agresivo justificante al pensamiento de la solidaridad ofrece incalculables ventajas *estratégico-argumentativas*. La eufemística alusión a la noción de «solidaridad»,²² capaz de sugerir una entrega voluntaria (o en palabras de Wessels, una «disposición al sacrificio» [„*Opferbereitschaft*«]), resulta especialmente idónea para disimular tras la imagen de un «idilio de la compensación social»²³ el carácter coactivo de las medidas que de este modo se justifican²⁴ y, de paso, desanimar desde un comienzo a sus críticos. ¿O es que acaso alguien querría ser considerado partidario de un comportamiento insolidario?²⁵ Ahora bien, dicho esto: ¿conduce la alusión a un término cuya naturaleza, según un duro pero acertado juicio de la filósofa francesa Véronique Munoz-Dardé, consiste en muchas ocasiones «en servir como último medio retórico para transformar la discusión en silencio en vez de contribuir a ella» (Munoz-Dardé, 1998: 147), a lograr realmente algún provecho *científico*? Con otras palabras, ¿contribuye la solidaridad a *comprender* mejor el estado de necesidad agresivo justificante?

Y la verdad es que ello no parece en modo alguno evidente.²⁶ Dado que el término «solidaridad» no constituye tanto un concepto científico, en particular un concepto filosóficamente predefinido de manera bastante,²⁷ sino más bien un «eslogan de bandera con carácter exhortativo» (Ehtreiber, 2007: 385) que, dicho sea de paso, ha quedado entretanto bastante pasado de moda, a dicho término le es intrínseca una notoria imprecisión.²⁸ Aun así, la «solidaridad» goza de un contenido nuclear ampliamente indiscutido en tanto que idea de vínculo recíproco y creadora de comunidad

20. Capaldi (1998: p. 86), Khushf (1998: 121 y 127), Dallinger (2009: 236).

21. De forma ejemplar, Kühl (2013: 101).

22. Cfr. Bayertz (1998: 12 y 37), Baurmann (1998: 345), Bierhoff/Küpper (1998: 263), Denninger (1998: 337), Engelhardt (1998: 434), Wildt (1998: 211 y ss.), Hondrich/Koch-Arzberger (1992: 15 y s., 114).

23. Así etiqueta Klein (1989: 37) el campo semántico de la antigua coalición socio-liberal en la que la «solidaridad» desempeñaba un importante papel.

24. Cfr. Luhmann (2012: 128).

25. Kliemt (1995: 69 y s.), Pawlik (2002: 59 y s.), Zücher (1998: 9).

26. De otra opinión, últimamente, Kühl (2013: 100).

27. Bayertz (1998: 9), Preuß (1998: 401).

28. La crítica en este punto está documentada en Pawlik (2002: 58 y s.), así como en Dallinger (2009: 21 y s.).

entre una pluralidad de personas que incorpora un elemento de responsabilidad y cuidado frente al resto.²⁹ Así pues, el comportamiento solidario exige del resto «contribuciones que no solo tienden a la conservación del *status quo* en el que se encuentra el otro, sino que lo mejoran; no solo generan ‘seguridad’, sino también ‘bienestar’» (Denninger, 1998: 335). No obstante, la afirmación genérica según la cual el estado de necesidad agresivo justificante se basaría en el pensamiento de la solidaridad no logra escapar de la siguiente tautología: el obligado adeudaría ayuda, porque adeudaría ayuda (Pawlik, 2002: 58). Con ello no se consigue disolver el problema de legitimación, sino simplemente reformularlo en un nivel de abstracción superior.

Quien se refiera a la idea de solidaridad con una pretensión científica debe pues explicar a qué se refiere concretamente y, sobre todo, debe fundamentar tanto el modo en el que se inserta este concepto en el sistema de imputación jurídico-penal, como la razón de su mayor valía como fuente de legitimación. Mientras quienes recurren a este concepto en el Derecho penal no consigan satisfacer estas exigencias³⁰ y se contenten con proclamas desamparadas conmovedoras, será igualmente válido para el concepto de solidaridad dogmático-penal el juicio del primer presidente de la República Federal Alemana, Theodor Heuss acerca de la garantía de la dignidad humana en la Ley Fundamental: dicho concepto se muestra como una «tesis no interpretada».³¹ Ahora bien, esto último plantea de forma inmediata una ulterior cuestión: ¿es realmente necesaria una tesis como esta? En el siguiente apartado trato precisamente de dar respuesta a esta pregunta.

3. ¿Ponderación de intereses en vez de solidaridad?

El término «solidaridad» no ha podido hasta el día de hoy hacerse con un lugar indiscutido en la teoría general del delito. Es más, en muchos de los comentarios y manuales más influyentes o bien ni siquiera se alude a esta noción³² o bien se hace únicamente *en passant*.³³ Estas reservas tienen su razón de ser en el convencimiento de aquellos autores de que una comprensión adecuada del estado de necesidad agresivo podría alcanzarse a través de un camino distinto y más convencional, esto es, a partir del modelo de la ponderación de intereses. La solidaridad, como categoría adicional e

29. Pawlik (2002: 60), con ulteriores referencias; asimismo, recientemente Saliger (2013: 61).

30. Un ejemplo de entre la literatura más moderna, Persak (2013: 218) (La solidaridad habría de ser «entendida como un valor tan importante para los individuos como para la sociedad, como aquello que humaniza a los hombres»).

31. Theodor Heuss en la 4ª sesión de la Comisión parlamentaria [*Grundsatzausschuss*] del 29.9.1948, reproducida en: Wernicke (ed.) (1993: 72).

32. Cfr. Rönnau (2007: § 32 nm. 1 y ss.), Zieschang (2007: § 34 nm. 1 y ss.), Rosenau (2009: §§ 32 y ss. nm. 1 y ss., § 34 nm. 1 y ss.).

33. Cfr. Fischer (2014: § 34 nm. 2).

independiente en la teoría del delito sería, pues, superflua (Perron, 2014: § 34 nm. 10).

A la interpretación tradicional del estado de necesidad agresivo justificante subyace una determinación de los fines del Derecho penal que resulta tan inofensiva y atrayente [*gewinnend-verständig*] que sigue gozando, ahora como antes, de una amplia aceptación. El fin del Derecho Penal consiste en la *protección de bienes jurídicos*.³⁴ Quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico provoca un estado de cosas contrario al fin de protección del Derecho penal que, por consiguiente, ha de ser valorado de forma negativa; realiza pues, un *desvalor de resultado*.³⁵ Ahora bien, ¿qué es lo que sucede en las constelaciones de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo y agresivo en las que una y la misma acción provoca tanto el menoscabo como la salvación de bienes jurídicos? Aquí solo cabe el recurso a una ponderación: a través de una valoración comparativa ha de determinarse cuál de los dos resultados de la acción [*Handlungsfolgen*] tiene un mayor peso.³⁶

El modo en el que se legitimaba originariamente el estado de necesidad agresivo trasponía este planteamiento de fundamentación, por decirlo así, de una forma pura. El estado de necesidad agresivo justificante se difundió a fines del siglo XIX y comienzos del XX a partir de la idea básica según la cual este contribuiría a asegurar a la sociedad o al Estado el mayor volumen total posible de bienes.³⁷ El que esta interpretación decididamente colectivista encontrara rápidamente una amplia aceptación se debió en gran medida al hecho de que la subordinación de las posiciones jurídicas individuales a los intereses del todo, ya se conciba este de forma estatal o nacional, se amoldaba perfectamente al pensamiento social y político del momento, en especial al de las élites culturales [*Bildungsbürgertum*] alemanas que llevaban la batuta en el Derecho y a las que este modo de razonar les parecía directamente evidente.³⁸

No obstante, lo cierto es que desde un punto de vista dogmático la cosa no fue tan grave como pudiera parecer en un primer momento en atención al fundamento teórico de la institución. En puridad conforme a la lógica de un esquema de fundamentación dirigido a la maximización del mantenimiento de bienes habría de permitirse un cálculo ilimitado de bienes jurídicos altamente personales, del mismo modo que la simple preponderancia del bien salvado frente al menoscabado habría de ser suficiente para la justificación.³⁹ Así pues, el causar a otro unas lesiones muy graves para salvarse a uno mismo del peligro de muerte sería conforme a Derecho (Coninx, 2013:

34. De forma ejemplar, Jescheck y Weigend (1996: 7), Rengier (2013: § 3 nm. 2), Roxin (2006: § 2 nm. 1), Wessels et. al. (2013: nm. 6), Swoboda (2010: 24 y ss.).

35. Por ejemplo, Lenckner y Sternberg-Lieben (2014: §§ 32 ss. nm. 10).

36. En profundidad, Lenckner (1965: 50 y ss.).

37. Al respecto, en detalle, Pawlik (2002: 34 y ss.).

38. Asimismo, Renzikowski (2013: 32).

39. Pawlik (2002: 37 y s.), Neumann (2013: 158).

190) al igual que lo sería el causar la muerte de *una* persona para salvar a *dos*. Sin embargo, lo cierto es que este tipo de radicalismos nunca estuvieron en disposición de conseguir realmente una aquiescencia mayoritaria (Pawlik, 2002: 38 y s.). En cierta medida, pareciera que el fulgurante asentamiento del estado de necesidad agresivo podría deberse al vínculo existente entre un robusto pensamiento legitimador al servicio del gusto del momento y una implementación dogmática respetuosa con los límites del deleite burgués. Con la posterior licuación de la ponderación de bienes en una ponderación general de intereses a partir de los años veinte (Pawlik, 2002: 45 y ss.) se ofreció justamente la base teórica anhelada para la mayor flexibilidad posible en el tratamiento de los casos.

A partir de los años sesenta se produjo un auge en el sentimiento vital general de la noción de autodeterminación a la que ya he aludido en el primer apartado y que, aunque con la usual demora temporal, también se acabará percibiendo en la dogmática jurídico-penal. Sin embargo, la legitimidad de principio del estado de necesidad agresivo justificante tampoco fue cuestionada por entonces de manera seria. Más bien la doctrina dominante comienza a tomar en consideración el espíritu cambiante del tiempo únicamente en la medida en que subraya con un mayor énfasis la relevancia de la libertad del sujeto al que se dirige la injerencia a la hora de ponderar los intereses en juego.⁴⁰

Este marco conceptual se diferencia de forma diametral del que subyace a las nuevas interpretaciones apoyadas en la noción de solidaridad. Mientras que el concepto de solidaridad vive allí del primado sistemático del pensamiento de la autodeterminación, al que sirve como correctivo, en el modelo de la ponderación de intereses la vinculación social del sujeto al que se dirige la injerencia mantiene su prioridad metódica y axiológica. Aunque también recurren al término «solidaridad» algunos de los defensores de la interpretación del estado de necesidad acabada de referir⁴¹ lo cierto es que en el marco de la ponderación de intereses solo le puede corresponder a la solidaridad el papel de un potenciador del sabor, capaz de conferir al discurso público algo anticuado de la vinculación social un mejor aroma para el paladar del espíritu del tiempo (*Zeitgeist*) de la socialdemocracia. Aquella, sin embargo, no posee un genuino significado sistemático.

Precisamente por su tinte colectivista el modelo de la ponderación de intereses es incompatible con una concepción teórica del delito que advierte la función del Derecho penal en el mantenimiento de un estado de libertades [*Zustand der Freiheitlichkeit*] (Pawlik, 2002: 90 y ss.). El principal déficit dogmático de dicho modelo reside en que este se asienta sobre un concepto de bien jurídico redimido de cualquier

40. De forma ejemplar, Lenckner (1965: 112 y s., 127 y s.), Lenckner (1985: 312), Roxin (2006: § 46 nm. 46, 71).

41. Cfr. por ejemplo, Roxin (1985: 457, 471 y s.).

reflexión sobre la noción de competencia. Lo peligroso de una teoría del bien jurídico unidimensional como esta se advierte con frecuencia —y con toda la razón— en su potencial expansivo incontrolable (Pawlik, 2002: 137 y ss.). Menos notorio, pero no menos delicado desde el punto de vista de su legitimación teórica, es la querencia propia de este pensamiento por los cálculos de utilidad holísticos. Tan pronto como uno se acostumbra a aprehender conflictos jurídico-penales no como conflictos entre *personas*, entre *derechohabientes*, sino como conflictos entre *bienes jurídicos*, en los que las diferentes personas poseen ciertos *intereses*, resulta inexcusable empezar comparando estos bienes jurídicos entre sí, contemplando así el interés en la libertad (*Freiheitsinteresse*) de los sujetos a los que se dirige la injerencia con un mero correctivo secundario. La conocida crítica de Rawls según la cual los procedimientos de fundamentación colectivistas no tomarían en serio la diversidad de los hombres (Rawls, 1998: 45) encuentra en el modelo de la ponderación de intereses y la comprensión del bien jurídico que a ella subyace una ilustrativa ratificación.⁴²

La degradación del *derecho* de autodeterminación a un mero interés, expuesto por lo tanto a la comparación y compensación con los intereses contrapuestos, determina también en último lugar la incapacidad del modelo de la ponderación de intereses para fijar una frontera de sacrificio *absoluta*. Sin embargo, la existencia de esta clase de fronteras es reconocida unánimemente en la literatura sobre el estado de necesidad actual. Evidentemente cabe agregar desde fuera esta clase de límites al modelo de la ponderación de intereses, desde la óptica del Derecho positivo: a través de la cláusula de adecuación del § 34.2 StGB.⁴³ Sin embargo, ya no se trata entonces de una *teoría* del estado de necesidad agresivo justificante, sino más bien de un simple monstruo integrado por dos mitades inconciliables entre sí.

En definitiva, la discusión sobre la relevancia dogmática de la categoría de la solidaridad constituye un elemento parcial en el marco de una nueva orientación integral de la teoría general del delito: el abandono del pensamiento abstracto del bien jurídico en favor de un modelo de la teoría del delito en cuyo centro se sitúa una delimitación dinámica de ámbitos de responsabilidad personal orientada al fin del mantenimiento de un estado de libertad.⁴⁴ Solo en el marco de una comprensión del Derecho penal como esta puede gozar la noción de solidaridad de un rango propio en el seno de la teoría del delito, en concreto, como parte integrante de un sistema equilibrado de figuras de fundamentación de posiciones de competencia. Sin embar-

42. Asimismo, Neumann (2013: 161 y ss.).

43. Gallas (1968: 26 y s.), Jescheck y Weigend (1996: § 33 IV 3 d, 363 y s.), Meißner (1990: 192 y ss.).

44. Con razón subraya Neumann (2013: 163), que cuando se le atribuye al Derecho penal la función de proteger bienes jurídicos se habría de poner el acento en la primera palabra del término compuesto «*Rechtsgut*». «El Derecho penal no protege bienes, sino su distribución orientada conforme a reglas jurídicas generales».

go, la noción de solidaridad precisa para ello de un fundamento teórico convincente. Los dos próximos apartados se ocupan precisamente de mostrar qué aspecto podría presentar el fundamento acabado de referir.

4. ¿Solidaridad como mandato de prudencia?

Un tiempo que se vanagloria de su carácter «posmetafísico» y que pone bajo sospecha ideológica la fuerza de las experiencias comunitarias originarias, por ejemplo, las que se expresan en la espontaneidad del auxilio en la situación de necesidad (Di Fabio, 2008: 29), posee necesariamente una natural preferencia por las estrategias de fundamentación basadas en la prudencia, capaces por lo tanto de enraizar en la figura del propio interés razonable. La capacidad de atracción de los planteamientos prudenciales o pragmáticos guarda relación con su capacidad, fruto de su anclaje en el individualismo metodológico, para mantener en niveles relativamente bajos el umbral de aceptación de quienes sienten afinidad por la autodeterminación y la autooptimización y han perdido ampliamente el sentido por el valor propio de los vínculos sociales. Y esto mismo vale también para la moderna discusión jurídico-penal sobre la solidaridad.⁴⁵ Así pues, como instancia de valoración frente a la que ha de legitimarse el deber de solidaridad no vale, por ejemplo un *homo socialis* que dispone de un sentido originario del altruismo y al que le afecta por lo tanto de forma inmediata la situación de necesidad de otras personas; sino más bien un *homo calculans*, focalizado en su propio bienestar y que, consiguientemente, solo se deja convencer demostrándole los beneficios propios. Esto supone un abandono de las raíces históricas del pensamiento del estado de necesidad agresivo justificante que apenas puede concebirse de forma más radical. Lo que era un instrumento para la optimización de los intereses colectivos generales se ha convertido en un medio de prudencia vital (*Lebensklugheit*) individual. El que los defensores de esta concepción no crean posible compatibilizar con el espíritu del tiempo presente un excedente en la disposición de entrega nos enseña como mínimo tanto sobre ellos mismos, como sobre el medio social de la ciencia del Derecho penal. Aunque a muchos de los dogmáticos más puros no les guste escucharlo, lo cierto es que la ciencia del Derecho penal es siempre al mismo tiempo ciencia de la cultura. La historia de la interpretación del estado de necesidad agresivo justificante es un ejemplo especialmente plástico de ello.

Según la concepción del estado de necesidad agresivo justificante basada en la noción de la prudencia los ciudadanos particulares, en la medida en que se confieren recíprocamente la potestad de injerencia en sus respectivas esferas jurídicas ante situaciones de necesidad relevantes no conjurables de otro modo, obtienen a través

45. Fundamental, Merkel (1995: 185); últimamente, Coninx (2012: 21 y ss.). Ulteriores referencias en: Pawlik (2012: 249, nota 567).

de dicha institución un incremento de su seguridad vital en situaciones de necesidad existenciales. El argumento de legitimación que subyace a esta tesis fue ya formulado por Leibniz hace más de trescientos años: «[e]s equitativo [*billig*] soportar un daño en la certeza o confianza de recibir a cambio una contraprestación, pues conduce a una utilidad inofensiva. Es más, resulta incluso provechoso soportar en una medida determinada la desgracia ajena en la certeza de que, en sentido inverso, otro evitará mi propia desgracia» (Leibniz, 2003: 153).

Ahora bien, ¿cómo trasladar constructivamente esta idea de una forma detallada? Merkel y Coninx lo incorporan en el sistema de categorías neocontractualista de proveniencia rawlsiana. De Rawls toman esencialmente la figura de fundamentación del «velo de la ignorancia»,⁴⁶ completado en Merkel por la categoría de los bienes primarios: «Bienes que no son meramente necesarios como medio para la realización de un plan de vida concreto cualquiera, sino como fundamento de *cualquier* plan de vida imaginable» (Merkel, 1995: 184). El que todos los participantes en la decisión sobre la implantación de un determinado ordenamiento jurídico actúan tras un «velo de la ignorancia» significa que nadie puede saber con antelación qué rol le va a corresponder en el marco de un conflicto de estado de necesidad futuro, esto es, si le tocará el rol del legitimado a injerirse o el del obligado a tolerar la injerencia (Coninx, 2012: 21 y ss., 111 y ss.). Esto sugeriría la idea de que como mínimo aquellos intereses que se encuentran en una relación directa con los bienes primarios podrían ser «confiados a una determinada custodia solidarística de cada uno frente a los demás: por ejemplo, en una cuidadosamente equilibrada regulación del estado de necesidad como la del § 34 StGB» (Merkel, 1995: 184). El efecto de la solidaridad no sería pues, «expresión de una actitud moral [...], sino consecuencia de una exclusiva cooperación racionalmente motivada»; por eso no podría ningún egoísta racional «rechazar con buenas (racionales) razones» la regulación en cuestión» (Merkel, 1995: 185).

Pese a que la concepción de la «solidaridad de la ventaja recíproca» (Saliger, 2013: 63) resulta a primera vista muy atractiva, lo cierto es que simplifica en demasía su tarea de fundamentación excesivamente en un punto decisivo. Dicha concepción incapaz de fundamentar convincentemente que el sujeto que no satisface su deber de tolerancia legal comete de ese modo un *injusto*.⁴⁷ Las razones de prudencia que hablan en favor de la regulación del estado de necesidad vigente pueden ser tan fuertes como se quiera, sin embargo ello no cambia en nada el hecho de que el actor confrontado con consideraciones de este tipo no puede ser reprochado en un sentido fuerte, sino que, en el mejor de los casos, actúa simplemente de manera poco inteligente [*unklug*] cuando niega la solidaridad esperada al que sufre en el caso concreto la situación de

46. Merkel (1995: 185), Coninx (2012: 101 y ss.).

47. Asimismo von Hirsch y Schorscher (2013: 82). Esta dificultad es pasada por alto por Saliger (2013: 75).

necesidad (Steinvorth, 1998: 59). Con ello se expone al riesgo de que la comunidad en Derecho no preste atención alguna a su protesta contra la injerencia en su esfera jurídica, así como al castigo con una pena en caso de que su resistencia realice un tipo penal. No obstante, tales riesgos constituyen a ojos de un maximizador de la utilidad prudencial meras partidas de cálculo, cuya función se agota en recomendarle la conformidad con la regulación legal del estado de necesidad cuando ello constituya, en la situación concreta, la variante de actuación más provechosa. Desde la perspectiva de la teoría de la pena, la interpretación del estado de necesidad basada en la prudencia desemboca de este modo en el modelo de la *prevención general negativa*. Quien considere inadecuado dicho modelo,⁴⁸ no puede pues, aprobar este modo de fundamentación del estado de necesidad agresivo.

No obstante, pareciera todavía posible cubrir sin demasiados problemas esta laguna de fundamentación. Después de todo no es reprochable el oponerse desde un principio a una regulación como la del § 34 StGB. Sí que merecería en cambio un reproche quien despierta en los buenos momentos la apariencia de que acepta esa regulación junto con las ventajas que le ofrece, pero llegado el momento de crisis, rechaza sin embargo cumplir con su contribución consistente en tolerar injerencias externas en estado de necesidad. Quien se comporta de este modo, no solo actúa de forma poco inteligente, sino que se comporta de una forma *inequitativa* [*unfair*].⁴⁹ Conforme a esta lectura el principio de la equidad (*Fairnessprinzip*) revelaría «como inmoral el aprovecharse de los frutos de una empresa soportada por varios, pero dejar a los otros en exclusiva las cargas o sacrificios que están necesariamente vinculados con dicha empresa» (Hoerster, 1977: 112). En definitiva, quien actúa de este modo se comportaría de manera contraria al principio de igualdad [*gleichheitswidrig*]: no existe razón convincente alguna por la que alguien, solo por el hecho de que accidentalmente sea esa determinada persona, haya de ser tratada de forma distinta a todo el resto (Patzig, 1983: 6).

No obstante, lo cierto es que también esta forma de integración de la justificación en estado de necesidad en el «mundo del gran sinalagma» (Di Fabio, 2008: 20), en el que el principio de la reciprocidad aparece como el mecanismo de integración dominante (Di Fabio, 2008: 27), pierde gran parte de su esplendor cuando es contemplada con detalle. La interpretación basada en la idea del *fairness* asume que el comportamiento del obligado antes de la situación de necesidad podría ser interpretado como la aprobación tácita de la regulación del estado de necesidad que prevé la posibilidad de recurrir a sus intereses para la conjura de la necesidad ajena. Ahora bien, la utilización de una mejor posición puramente fáctica no me obliga a nada. Más bien, debo haber dado a entender que yo, por mi parte, quiero efectivamente participar en la generación de las ventajas de las que me aprovecho. Y no se trata aquí tanto de un

48. Las razones para ello se exponen en: Pawlik (2012: 66 y ss.).

49. Bayertz (1998: 43), Baurmann (1998: 349, 367).

diagnóstico psíquico, como de una valoración normativa. Sin embargo no resulta en absoluto sencillo encontrar en los supuestos de estado de necesidad que aquí interesan una valoración de este tipo, pues el sujeto al que se ha de recurrir en la situación de necesidad, conociendo de la (supuesta) disposición de seguimiento de la norma de sus conciudadanos, se limita a seguir su propio camino. ¿Es suficiente con ello para tratarlo como un obligado al seguimiento de la norma desde los puntos de vista propios de la noción de *fairness*?

Preguntas de este tipo son sobradamente conocidas en la historia de las teorías del contrato social. Ya Locke advertía en el mero hecho de que alguien se mantuviera dentro del ámbito de un determinado gobierno un reconocimiento voluntario de su autoridad (Locke, 2007: § 119, 101). Tras ello se esconde la idea de que el afectado, en lugar de mantenerse podría también soslayar aquel territorio e «incorporarse a cualquier otro Estado o acordar junto con otros hombres la fundación de uno nuevo *in vacuislocis*» (Locke, 2007: § 119, 102). Si, por el contrario, ha ejercido su libertad de elección entre los territorios A y B en favor del primero, esta decisión debería valer frente a él mismo como aprobación tácita de su constitución jurídica. Esta reflexión ya fue desautorizada convincentemente por Hume. Quien subraya que la existencia de una alternativa exigible que presupone Locke representa en muchos casos una pobre ficción. ¿Cabe realmente afirmar que un humilde campesino o artesano puede optar libremente por dejar su país cuando nada sabe sobre el mundo y va tirando en el día a día no sin grandes esfuerzos? Para Hume contestar afirmativamente a esta pregunta sería tan desacertado como afirmar que alguien que ha sido llevado dormido a un barco y que morirá ahogado de forma inevitable si lo abandona, se somete al poder de mando del capitán al permanecer en la nave de forma voluntaria.⁵⁰ La objeción hecha valer por Hume alcanza igualmente al intento arriba esbozado de legitimar el estado de necesidad a partir de la idea de *fairness*. Quien quiera escapar de la regulación del estado de necesidad ha de abandonar el ámbito de validez del ordenamiento jurídico-penal al que pertenece esta disposición, esto es debe emigrar y, con ello, asumir todas las dificultades que un paso como este acostumbra a traer consigo. Tomando en consideración que esta consecuencia resulta temible, deducir de aquí el consentimiento tácito a la regulación del estado de necesidad, aunque es teóricamente posible, resulta por decirlo de forma suave, extraordinariamente rebuscado.

No obstante, a este *argumentum ad absurdum* puede oponerse todavía que lo contrario sería por su parte *inequitativo*. A diferencia del pobre campesino de Hume, el ciudadano de la República Federal de Alemania goza de la libertad jurídica para involucrarse en política, hasta el punto de tener el derecho de presentarse como candidato en las elecciones al Parlamento Federal, en cuyas manos reside en última instancia el poder para mantener o modificar la vigente regulación del estado de necesidad. Este

50. Citado a partir de Kersting (1994: 139).

derecho, aunque en sentido inverso, fundamentaría el deber de cumplir las normas penales vigentes, incluye, claro está, también la disposición del estado de necesidad. El derecho a la participación democrática absorbe o consume aquí el punto de partida prudencial, aunque a costa de tirarlo todo por la borda, pues las reflexiones teóricas encaminadas a la legitimación aparecen así desde un comienzo como superfluas. Según Coninx, el principio de solidaridad basado en la prudencia no es tampoco la base de legitimación del estado de necesidad agresivo justificante, sino únicamente su *ratio legis*.⁵¹ Este, no obstante, es un intento sumamente discutible de salvación del planteamiento prudencial. ¿Qué valor le corresponde a una *ratio legis* que, según algunas afirmaciones de los defensores de tal concepción, es incapaz de explicar por qué la norma en cuestión obliga a los sujetos de Derecho? Es indiscutible que la interpretación prudencial ofrece a los ciudadanos un *motivo* importante en favor de la regulación del estado de necesidad actual. Ahora bien, motivo y fundamento jurídico son dos cosas distintas. La cruz de la concepción de la prudencia en lo que se refiere a su legitimación teórica reside precisamente en su incapacidad para cerrar la brecha entre ambas.

Un problema ulterior todavía más grave desde la perspectiva de la teoría del delito es el que afecta a la naturaleza del injusto que comete el obligado en estado de necesidad que se comporta inequitativamente. Conforme a lo señalado arriba, actuar de manera equitativa implica soportar la propia parte de las cargas de una empresa comunitaria. Así pues, son el resto de miembros de la comunidad afectada en su generalidad a quienes les corresponde la facultad de exigir un comportamiento equitativo y quejarse ante uno inequitativo. En lo que se refiere al supuesto del estado de necesidad que aquí no interesa, esto significa lo siguiente: puesto que se trata de una empresa en la que están involucrados la *totalidad* de los miembros de la comunidad en Derecho, el injusto que comete un ciudadano no cooperativo es, en todo caso, un injusto frente a la comunidad jurídica como un todo. Así pues al autor no se le reprocha como infracción de su deber de solidaridad el haber abandonado a su suerte al ciudadano que se encuentra en situación de necesidad, sino el haber obtenido de forma capciosa una ventaja frente al resto de miembros cooperativos de la comunidad en Derecho. El autor que en estado de necesidad se injiere en una esfera jurídica ajena según las condiciones del § 34 StGB queda, por el contrario, vinculado al rol de un *quivis ex populo*, que no impone su propia pretensión de solidaridad, sino exclusivamente la pretensión de cooperación de la generalidad. En pocas palabras: conforme a esta interpretación solo existen *auxiliantes necesarios* [Notstandshelfer] en estado de necesidad. ¿Ahora bien, estarían realmente dispuestos a reconocer esta consecuencia quienes defienden la concepción prudencial completada por el pensamiento del *fairness*?⁵²

51. En este sentido, Coninx (2012: 33).

52. En sentido negativo, igualmente von Hirsch y Schorscher (2013: 82), en atención al problema pa-

5. El autor en estado de necesidad como representante de la comunidad solidaria estatal

En la discusión sobre los pros y contras de la reformulación rawlsiana de la teoría del contrato social se pasa por alto, no en pocas ocasiones, que Rawls no tematiza esta teoría como un fin en sí mismo, sino como un mero medio expositivo. La convicción básica de teoría de la justicia a la que sirve reza así: «las contingencias de las circunstancias sociales y de las relaciones sociales no [deberían] conducir a ventajas políticas y económicas» (Rawls, 1998: 32). Las capacidades que la naturaleza le ha dado a un individuo o que en él se desarrollan gracias al apoyo de un hogar familiar afín a la educación son para Rawls «moralmente arbitrarias» (Rawls, 1998: 32), pues no pueden ser «en modo alguno justificadas a partir de la idea del merecimiento» (Rawls, 1998: 23). Así pues, de tales capacidades no cabe derivar ninguna ventaja para quien dispone de ellas a la hora de distribuir bienes. A los efectos de determinar la posición del individuo y su equipamiento de bienes primarios no sería relevante ni la naturaleza ni el origen social, sino únicamente aquello que uno de verdad merece.

Dworkin, al igual que Rawls, persigue una neutralización de las contingencias naturales y sociales. Por consiguiente, las participaciones desiguales en los bienes sociales son equitativas únicamente cuando se derivan de decisiones y acciones intencionales del titular de los bienes. Los sujetos individuales han de sufragar ellos mismos los costes de sus decisiones. Por el contrario, la preferencia o postergación en virtud de las diferencias en la asignación natural o en las circunstancias sociales sería inequitativa. Aquello de lo que uno no sería responsable, esto es, aquello sobre lo que uno no tiene la capacidad de influir, no constituiría pues, un criterio válido de distribución de bienes. Dworkin viste esta idea en un par opuesto asiduamente citado: por un lado, deberíamos permitir que la distribución de recursos fuera en todo momento sensible a la ambición. Esto es, debe reflejar el coste y el beneficio que las decisiones de la gente tienen para los demás. Pero por el otro lado, no deberíamos permitir que la distribución de recursos sea en ningún momento sensible al talento.⁵³ Es decir no le habría de estar permitido a nadie mantener ventajas alcanzadas gracias a un talento superior (Dworkin, 2011: 116).

Estas concepciones, caracterizadas por una «pérdida de referencia de la realidad arrogante» (Geyer, 2014: 12), no son idóneas dada su dinámica expansiva tendencialmente ilimitable para fundamentar una política de redistribución socio-estatal respetuosa con la libertad de los ciudadanos individuales.⁵⁴ En lo que se refiere a la posición de Dworkin, resulta utópico asumir que sería posible distinguir de un

ralelo de la omisión del socorro debido.

53. Dworkin (2011: 114 y s.), Gosepath (2004: 358 y ss.).

54. Asimismo Kersting (2000: 205 y ss.), Rosanvallon (2013: 291 y ss.).

modo hasta cierto punto claro las ventajas inmerecidas de las merecidas y, de este modo, «poder identificar en un momento cualquiera los componentes que proceden del talento diferente, que son distintos de los que proceden de ambiciones distintas». ⁵⁵ Como el propio Dworkin confiesa no «cabe esperar que identifiquemos semejante componente, aun contando con información perfecta sobre la personalidad de la gente, pues la influencia recíproca del talento y la ambición desbaratará esa identificación.» ⁵⁶ Esta es la razón por la que Rawls considera incluso «el carácter superior que trae consigo la iniciativa para cultivar nuestras capacidades» como un privilegio inmerecido (Rawls, 1998: 125). Esto no solo nos conduce a la quintaesencia excesivamente simplista de que nadie merecería nunca nada, una posición que Kersting ha etiquetado como «socialismo teóricamente fundado» (Kersting, 2000: 215), sino que lleva igualmente a la destrucción de la identidad personal, pues en el marco de esta comprensión las personas se diluyen en «puntos nodales de cadenas de causación externas» (Kersting, 2000: 216).

Pese a sus exaltaciones en lo atinente a la teoría de las personas y la justicia, Rawls y Dworkin advierten con razón que en una sociedad que se entiende como una «segunda naturaleza» (Hegel, 1986: 57) y que se concibe a sí misma como un instrumento para la consecución del mayor estado posible de libertad para todos sus miembros en un plano de igualdad la apelación al azar (*Zufall*), como aquello que toca donde toca, no es *per se* un fundamento suficiente para dejar necesariamente siempre los daños allí donde recaen. ⁵⁷ En especial ambos autores recuerdan el importante valor que suelen conceder las sociedades individualistas, aquellas que orbitan alrededor del valor rector de la autodeterminación, a las consideraciones meritocráticas. Tales sociedades no solo tratan de reconducir los compromisos a actos de autovinculación, ⁵⁸ sino que además tienden igualmente a valorar en un primer término la justicia de una estructura distributiva a partir de un criterio de merecimiento individual.

Esta afinidad con el merecimiento individual puede ser igualmente fructífera para la legitimación del estado de necesidad agresivo justificante. En la situación básica propia de este instituto jurídico no se trata de si los involucrados en el conflicto poseen los bienes de un modo merecido o no, sino de que una pérdida de bienes afectaría *a cada uno* de los dos sujetos involucrados de forma inmerecida. El riesgo de una exacerbación de la idea del merecimiento a la que antes se ha aludido desaparece tan pronto como se circunscribe el problema del modo en el que acaba de hacerse. Por consiguiente, la comprensión kantiana según la cual la situación de necesidad que para mí es casual no le otorga al necesitado ninguna pretensión inmediata de ayuda

55. Dworkin (2011: 118), como aquí, Kersting (2000: 227), Rosanvallon (2013: 291).

56. Dworkin (2011: 118) y parecido Gosepath (2004: 402).

57. Asimismo, Coninx (2012: 50 y ss.) y (2013: 189).

58. Al respecto *infra* I.

frente a mi persona, conserva sin duda su legitimidad general. Sin embargo, y en este punto radica la ampliación decisiva fruto del punto de vista que aquí se adopta, con lo anterior no se define de forma concluyente el problema que caracteriza esta clase de situaciones. También quien se ha visto sumido en una situación de necesidad puede alegar que la pérdida que le acecha le afectaría de manera «inmerecida», pues se ve inmerso en dicha situación sin culpa propia alguna.

Así pues, ante tales situaciones no cabe considerar desde un comienzo como ilegítima una eventual descarga del afectado a costa de terceros. Es más, en el ámbito del aseguramiento de riesgos existenciales propio del Estado social [*sozialstaatliche Absicherung existenzieller Daseinsrisiken*] dicha descarga se practica de manera profusa.⁵⁹ Ciertamente la necesidad de una relocalización de este tipo se presenta frente a las emergencias «de carácter momentáneo» (Hegel, 1983: 196), como sucede característicamente en los supuestos de omisión del socorro debido y de estado de necesidad agresivo justificante, de un modo menos drástico que respecto a las necesidades, riesgos y situaciones de necesidad condicionadas por la estructura social y que constituyen el objeto del Derecho social [*Sozialrecht*]. Mientras que este reacciona en el largo plazo a necesidades condicionadas por la estructura social,⁶⁰ ante peligros propios del estado de necesidad se trata por lo general de «la arbitrariedad y las emergencias impredecibles de la vida» [*therandom and unpredictableemergencies of life*»] (Feinberg, 1992: 193), las que son en su mayor parte, independientes de una determinada forma de organización social.⁶¹ Además, un ordenamiento jurídico como el alemán dispone de una red amplia y confiable en funcionamiento de instituciones para la conjura del peligro, de modo que aquellas situaciones en las que un ciudadano debe injerirse en la esfera jurídica de un conciudadano no involucrado para la conjura de una situación de necesidad constituyen excepciones extraordinarias. Por eso, un ordenamiento jurídico de este tipo podría optar sin mayores problemas por procesar únicamente esta clase de supuestos en el nivel de la exculpación o de la medición de la pena. En este sentido el estado de necesidad agresivo justificante no pertenece al sustrato básico irrenunciable de un ordenamiento jurídico-penal moderno.⁶² El reconocimiento de este instituto jurídico no constituye, como tampoco su no reconocimiento, pecado alguno contra el espíritu de la libertad.

Sin embargo, los ciudadanos cumplen en el marco del Estado actual con su de-

59. Ello es igualmente advertido por Neumann (2013: 169).

60. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (tomo 69: 304), también en *Neue Juristische Wochenschrift* (1986: 39 y ss.), Hänlein (2013: SGB I § 10 nm. 1 y ss.), Mrozyński (2014: SGB I § 1 nm. 11 y ss.), Seewald (2013: en: SGBI § 1 nm. 2 y ss.).

61. Sobre las diferencias estructurales entre las situaciones de necesidad agudas y permanentes, en profundidad, Mieth (2012: 222 y ss.).

62. Pawlik (2002: 123), *Asimismo v. d. Pfordten* (2013: 112).

ber de solidaridad, básicamente de un modo indirecto, esto es, a través del pago de tributos (Pawlik, 2002: 120). Así pues, el necesitado no puede exigir la ayuda a cada uno de sus conciudadanos, sino a la generalidad de sus conciudadanos en su vínculo organizativo: la comunidad solidaria como un todo. Por el contrario, aquel cuyo bien se toma en caso de estado de necesidad como medio de salvación ha de asumir adicionalmente este sacrificio especial que va más allá de sus contribuciones regulares. Aquí rige de nuevo la idea de que el azar es un mal principio distributivo, aunque ahora lo hace en favor de la víctima de la injerencia: esta vez no opera en su relación con su oponente necesitado, sino en la relación con sus conciudadanos que no están obligados al sacrificio. ¿Cómo puede tomarse en consideración esta constatación? La respuesta en este caso es tan sencilla como poco habitual: la situación de estado de necesidad no puede ser concebida solo como un suceder *interpersonal*, esto es, como un conflicto entre el sujeto que se injiere y el destinatario de la injerencia.⁶³ Más bien la pretensión de solidaridad del ciudadano necesitado se dirige asimismo en la situación del estado de necesidad agresivo contra sus conciudadanos *en su totalidad*. La persona individual a la que se recurre en concreto opera simplemente como una estación de tránsito, expresado de un modo más noble: como un *representante de la generalidad*.⁶⁴

El alcance del deber de tolerancia que puede legitimarse de esta forma queda estrechamente limitado. Por un lado, los mecanismos estatales de solución de conflictos institucionalizados gozan de una preferencia estricta frente a las injerencias privadas [*freihändig*] en estado de necesidad.⁶⁵ Por el otro, el obligado en estado de necesidad no puede venir obligado por el Derecho a sufrir un empobrecimiento. Esto significa, pues, que la carga que su deber le supone, esto es, que la injerencia en estado de necesidad afecte en esta ocasión a *sus* propios bienes jurídicos solo puede constituir una carga *provisional*. Así las cosas, solo se le puede exigir al obligado «el cambio por un equivalente *ad valorem*, así como la concesión en crédito de ese contravalor» (Kühnbach, 2007: 234). Por consiguiente, las pérdidas exigibles han de ser de un tipo tal que puedan ser nuevamente compensadas y la generalidad debe asegurar que esta compensación tenga efectivamente lugar.⁶⁶

No obstante, una interpretación como esta puede chocar con la extendida descon-

63. De otro parecer, Neumann (2013: 165 y s., 172 y s.), Coninx (2012: 14 y s.). Sobre la problemática paralela de la omisión del socorro debido, vid. también von Hirsch y Schorscher (2013: 91), Maihold (2013: 147 y s.).

64. Pawlik (2002: 123), Pawlik (2012: 250). En lo esencial, como aquí, Haas (2002: 260 y ss.); Jakobs (2012: 48 y s.), Jakobs (2008: 85), Joerden (2013: 50 y s.), Kühnbach (2007: 226), Wilenmann (2014: 124 y 146 y s.), parecido Fabre (2004: 137).

65. Las particularidades en: Pawlik (2002: 218 y ss.).

66. En detalle, Pawlik (2012: 251 y s.).

fianza actual frente a las obligaciones fundadas institucionalmente.⁶⁷ Por eso se subraya de manera expresa que aquella ni aboga por «el olvido del necesitado y sus intereses»⁶⁸ ni por un retorno a una comprensión colectivista del estado de necesidad⁶⁹ que trata a la generalidad como un fin en sí mismo y al ciudadano individual como su funcionario. Más bien, la intermediación de la generalidad se produce exclusivamente a fin de descargar al obligado en estado de necesidad de las consecuencias últimas de la injerencia que sufre.⁷⁰ Con otras palabras, la generalidad hace las veces de servidor del sujeto individual sobre el que recae la injerencia, no las de su señor. Así las cosas, el injusto que aquel comete cuando no cumple como es debido su obligación de tolerancia no se dirige contra la comunidad jurídica como un todo, sino frente al propio sujeto que sufre en sus carnes la necesidad y tiene una pretensión de solidaridad. Precisamente en la medida en que la propuesta de solución aquí acogida esquivo la contraposición entre individualismo y colectivismo, esta consigue hacer fructíferos frente a la problemática del estado de necesidad los espacios de juego del pensamiento moderno de la libertad [*Freiheitsdenken*]. De hecho, resulta asombroso para quien recurre a esta fundamentación lo sencillo que resulta en el fondo legitimar el estado de necesidad agresivo justificante de forma armónica con el espíritu del tiempo actual.

Referencias

- BAURMANN, Michael (1998). *Solidarität als soziale Norm und als Norm der Verfassung*, en *Solidarität*, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- BAYERTZ, Kurt (1996). *Staat und Solidarität*, en *Politik und Ethik*, edición de Bayertz, Kurt. Stuttgart: Reclam.
- . (1998a). *Begriff und Problem der Solidarität*, en *Solidarität*, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- . (1998b). *Vorwort*, en *Solidarität*, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- BECKMANN, Jan Peter (2011). *Über Solidarität und Individualismus*, en *Solidarität*, edición a cargo de Busche, Hubertus. Würzburg: Königshausen & Neumann.
- BIERI, Peter (2013). *Wie wollen wir leben?* München: Deutscher Taschenbuch Verlag.
- BIERHOFF, Hans/Küpper, Beate (1998). *Sozialpsychologie der Solidarität*, en *Solidarität*, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

67. Al respecto, Beckmann (2011: 56).

68. Así, no obstante, Maihold (2013: 147).

69. Esto lo afirma Neumann (2013: 172).

70. En contra de lo que sostiene Neumann (2013: 173), no se trata en la presente concepción de un cuestionamiento de la separación entre la competencia del Estado, por un lado, y la de los particulares por el otro.

- BIRNBACHER, Dieter (1995a). *Tun und Unterlassen*. Stuttgart: Reclam.
- . (1995). Grenzen der Verantwortung, en Verantwortung, edición de Bayertz, Kurt. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- BUDESVERFASSUNGSGERICHT (1986). En Neu Juristische Wochenschrift (1986) (NJW), pp. 39 y ss.
- CAPALDI, Nicholas (1998). Was stimmt nicht mit der Solidarität?, en Solidarität, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- CONINX, Anna (2012). *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*. Bern: Stämpfli.
- . (2013). Zufall und Verteilungsgerechtigkeit, en Solidarität im Strafrecht, coordinación a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos.
- DALLINGER, Andrej (2009). *Die Solidarität der modernen Gesellschaft*. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.
- DANNECKER, Gerhard (1999). Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, en Festschrift für Hans Joachim Hirsch, edición de Weigend/Küpper. Berlin/New York: De Gruyter.
- . (1998). Verfassungsrecht und Solidarität, en Solidarität, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- DI FABIO, Udo (2008): Was schulden wir einander? Keine Leistung ohne Gegenleistung?, en Was schulden wir einander?, edición a cargo de Di Fabio/Oermann. Berlin: Berlin University Press.
- DWORKIN, Ronald (2011). *Was ist Gleichheit?* Berlin: Suhrkamp.
- EHTREIBER, Jörg (2007). Stichwort «Solidarität», en Wörterbuch der politischen Sprache in Österreich, edición de Panagl/Gerlich. Wien: Österreichischer Bundesverlag.
- ENGELHARDT, Tristram (1998). Solidarität: postmoderne Perspektiven, en Solidarität. edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- ESSER, Andrea (2004). *Eine Ethik für Endliche*. Stuttgart-Bad Cannstatt: Frommann-Holzboog.
- ERB, Völker (2011). § 34, en Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, edición de Joecks/Miebach. 2ª ed. München: Beck.
- FABRE, Cécile (2004). *Good Samaritanism*, en *The Ethics of Altruism*, edición de Seglow, Jonathan. London: Frank Cass Publishers.
- FEINBERG, Joel (1992). *Freedom and fulfillment*. New Jersey: Princeton University Press.
- FISCHER, Thomas (2014). *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 61ª ed. München: Beck.
- FRISCH, Wolfgang (2011). Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien, en Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe, edición de Paeffgen et. al. Berlin: Duncker & Humblot.
- FRISTER, Helmut (1988). Die Notwehr im System der Notrechte, en Goldammer's Archiv für Strafrecht.

- GALLAS, Wilhelm (1968). Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, N° 80.
- GOSEPATH, Stefan (2004): *Gleiche Gerechtigkeit*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig (2013). Comentario al § 34, en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, edición a cargo de Wolter, Jürgen et al. 8ª ed. Köln: Wolters Kluwer.
- HAAS, Volker (2002). *Kausalität und Rechtsverletzung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- HÄNLEIN, Andreas (2013). Comentario al § 10 SGB I, en Kommentar zum Sozialrecht, 3ª ed. edición a cargo de Kreikebohm/Stellbrink. München: Beck.
- HEGEL, G. W. F. (1983). *Philosophie des Rechts (Nachschrift der Vorlesung von 1819)*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- . (1986). Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, en Werke in zwanzig Bänden, vol. XII. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- HEUSS, Theodor (1948). 4ª sesión de la Comisión parlamentaria del 29.09.1948, en Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, vol. 5/1, edición de Wernicke. Boppard am Rhein: Boldt.
- HOERSTER, Norbert (1977). *Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung*, 2ª ed. Freiburg: Alber.
- HONDRICH, Karl Otto /Koch-Arzberger, Claudia (1992). *Solidarität in der modernen Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Fischer.
- HRUSCHKA, Joachim (2003). Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, N° 115.
- JAKOBS, Günther (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Frankfurt a. M.
- . (2008). *Norm, Person, Gesellschaft*. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- . (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Berlin/New York: De Gruyter.
- JESCHECK, Heinrich / Weigend, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- JOERDEN, Jan (2013). Solidaritätspflichten und Strafrecht, en Solidarität im Strafrecht, coordinación a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos.
- KANT, Immanuel (1983). Metaphysik der Sitten, en Werke in zehn Bänden, vol. VII, 5ª ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- KERSTING, Wolfgang (1993). *Wohlgeordnete Freiheit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- . (1994). *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- . (2000). Politische Solidarität statt Verteilungsgerechtigkeit, en Politische Philosophie des Sozialstaats, edición de Kernting, Wolfgang. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.
- KHUSHF, Georges (1998). Solidarität als moralischer und politischer Begriff, en Solidarität, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

- KLEIN, Josef (1989). Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik, en Politische Semantik, edición de Klein, Josef. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- KLIEMT, Harmut (1995). *Solidarität in Freiheit*. Freiburg/München: Alber.
- KÜHL, Kristian (2012). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed. München: Vahlen.
- . (2013). Zur Anwendung des Solidaritätsbegriffs auf die unterlassene Hilfeleistung nach § 323c StGB, en Solidarität im Strafrecht, coordinación a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelman. Baden-Baden: Nomos.
- KÜHNBACH, Lena (2007). Solidaritätspflichten Unbeteiligter. Baden-Baden: Nomos.
- LACKNER, Karl /Kühl, Kristian (2014). Strafgesetzbuch Kommentar, 28ª ed. München: Beck.
- LEIBNIZ, Gottfried (2003). *Frühe Schriften zum Naturrecht*. Hamburg: Meiner.
- LENCKNER, Theodor (1965). *Der rechtfertigende Notstand*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- . (1985). Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, en Goldammer's Archiv für Strafrecht.
- LENCKNER, Theodor /Sternberg-Lieben, Detlev (2014). Comentario previo a §§ 32 ss., en: Schönke/Schröder, 29ª ed. 2014, München: Beck.
- LOCKE, John (2007). *Zweite Abhandlung über die Regierung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- LUHMANN, Niklas (2012). *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. 4, 2ª ed. Berlin: Suhrkamp.
- MAIHOLD, Harald (2013). Jenseits weltanschaulicher Ideologien?, en Solidarität im Strafrecht, coordinación a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos.
- MEISSNER, Markus (1990). Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB). Berlin: Duncker und Humblot.
- MERKEL, Reinhard (1995). Zaungäste, en Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, edición a cargo del Institut für Kriminalwissenschaften. Frankfurt a. M.: Lang.
- MIETH, Corinna (2012). *Positive Pflichten*. Berlin/Boston: De Gruyter.
- MROZYNSKI, Peter (2014). *Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, Kommentar, 5ª ed. München: Beck.
- MUNOZ-DARDÉ, Véronique (1998). Brüderlichkeit und Gerechtigkeit, en Solidarität, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- NEUMANN, Ulfrid (2013a). Comentario al § 34, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, edición de Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4ª ed. Baden-Baden: Nomos.
- . (2013b). Die rechtsethische Begründung des rechtfertigenden Notstands auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, en Solidarität im Strafrecht, edición a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos.
- PATZIG, Günther (1983). *Ethik ohne Metaphysik*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht.

- PAWLIK, Michael (2002a). *Der rechtfertigende Notstand*. Berlin/New York: De Gruyter.
- . (2002b). Die Notwehr nach Kant und Hegel. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, N° 114.
- . (2012). *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- PERSAK, Nina (2013). Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung — ein solidaritätsbasierter Ansatz, en *Solidarität im Strafrecht*, coordinación a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos.
- PERRON, Walter (2014). Comentario al § 34, Strafgesetzbuch, Kommentar, dirección de Schönke/Schröder, 29ª ed. München: Beck.
- PREUSS, Ulrich (1998). Nationale, supranationale und internationale Solidarität, en *Solidarität*, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- RAWLS, John (1998). *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 10ª ed. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- RENGIER, Rudolf (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed. München: Beck.
- REZIKOWSKI, Joachim (1994). *Notstand und Notwehr*. Berlin: Duncker & Humblot.
- . (2013). Solidarität in Notsituationen, en *Solidarität im Strafrecht*, coordinación a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos
- ROSANVALLON, Pierre (2013). *Die Gesellschaft der Gleichen*. Hamburg: Hamburger Edition.
- ROSENAU, Henning (2009). Comentario previo a §§ 32 ss., § 34 StGB, Strafgesetzbuch. Kommentar, edición a cargo de Satzger/Schmitt/Widmaier. Köln: Heymanns.
- ROXIN, Claus (1985). Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, vol. I, edición de Vogler, Theo. Berlin: Duncker und Humblot.
- . (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 4ª ed. München: Beck.
- RÖTTGERS, Janko (2011). Fraternité und Solidarität in politischer Theorie und Praxis -Begriffsgeschichtliche Beobachtungen, en *Solidarität*, edición de Busche, Hubertus. Würzburg: Königshausen & Neumann.
- RÖNNAU, Thomas (2007). Comentario previo a §§ 32 ss., Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, coordinación a cargo de Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, 12ª ed. Berlin: De Gruyter.
- SALIGER, Frank (2013). Kontraktualistische Solidarität, en *Solidarität im Strafrecht*, coordinación a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos.
- SANDEL, Michael (2013). «Solidarität», *Transit — Europäische Revue*, 44.
- SEELMANN, Kurt (2013). Ideengeschichte des Solidaritätsbegriffs im Strafrecht, en *Solidarität im Strafrecht*, edición de Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos.
- SEEWALD, Ottfried (2013). *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, vol. I, edición a cargo de Leitherer, Stephan. München: Beck. Entrega de Complemento (1.12.2013).
- STEINVORTH, Ulrich (1998). Kann Solidarität erzwingbar sein?, en *Solidarität*, edición

- de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- SWOBODA, Christoph (2010). Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. En Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, N° 112.
- VON HIRSCH, Andrew/Schorscher, Vivian (2013). Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung: Eine Frage von 'Solidarität' oder Altruismus?, en Solidarität im Strafrecht, coordinación a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos.
- VON DER PFORDTEN, Dietmar (2013). Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten, en Solidarität im Strafrecht, coordinación a cargo de von Hirsch/Neumann/Seelmann. Baden-Baden: Nomos.
- WESSELS, Johannes (1970). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Karlsruhe/Heidelberg: C.F. Müller.
- WESSELS, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43ª ed. Heidelberg: C. F. Müller.
- WILENMANN, Javier (2014). Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. Tübingen: Mohr Siebeck.
- WILDT, Andreas (1998). Solidarität - Begriffsgeschichte und Definition heute, en Solidarität, edición de Bayertz, Kurt. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- ZIESCHANG, Frank (2007). § 34, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, coordinación a cargo de Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, 12ª ed. Berlin: De Gruyter.
- ZÜRCHER, Markus Daniel (1998). Solidarität, Anerkennung und Gemeinschaft. Tübingen/Basel: Francke.

Sobre el autor

MICHAEL PAWLIK, LL.M, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemania). Correo electrónico: michael.pawlik@jura.uni-freiburg.de. El título original de este artículo es «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», y fue publicado en Hruschka/Joerden (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics: Solidarität als Begriff des Rechts* (Berlin: Duncker & Humblot, 2014, p. 137 ss.). La traducción ha estado a cargo de Ivó Coca Vila, asistente de investigación en el Instituto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Friburgo (Alemania). Su correo electrónico es ivo.coca-vila@jura.uni-freiburg.de. La traducción fue realizada en el marco del proyecto Fondecyt 1150178 sobre «Líneas básicas de una dogmática de los delitos propios de omisión: Una aproximación a los deberes de solidaridad y al significado de su infracción», dirigido por Luis Emilio Rojas A.