

Javier CIGÜELA SOLA

DEBERES DE SOLIDARIDAD Y POSICIÓN DE
GARANTE: Examen del problema en la legítima
defensa

Treball Fi de Carrera
dirigit per
Carlos PÉREZ DEL VALLE

Universitat Abat Oliba CEU
FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS
Licenciatura en Derecho

2010

A los amigos que se han interesado en el presente trabajo
y a Carlos Pérez del Valle por su tiempo y dedicación.

Resumen

La legítima defensa, como causa de justificación que permite el empleo de la violencia entre individuos para la defensa de la propia vida y bienes, es reflejo de la conceptualización filosófica de la sociedad y de los principios en los que se funda. Partiendo de la premisa de que la sociedad es una exigencia natural de los individuos, los principios que se adecuan a ella, así como a una correcta fundamentación de la legítima defensa, son los de responsabilidad y solidaridad. El primero como contrapartida de la libertad individual para organizar la propia esfera, el segundo como consecuencia de los vínculos que existen entre los individuos y que hacen posible la existencia objetiva de la comunidad.

Ambos principios fundamentan, ordenan y limitan los conflictos propios de la legítima defensa. Su estructura típica es la de un sujeto que agrede ilegítimamente a otro, originándose para éste último un derecho a la defensa que, por un lado, está limitada por deberes de solidaridad y, por otro, ha de ser tolerada por el agresor en la medida de su responsabilidad. Las variaciones en dicha estructura tienen su origen en razones institucionales, como es la pertenencia a un vínculo familiar, y a razones organizativas, por la que se impone un deber de responder por la propia conducta cuando se lesionan intereses ajenos. Partiendo de este esquema, la medida en que cada uno de los sujetos puede actuar en la defensa de sus intereses viene determinada por la confluencia relativa de los siguientes factores: en primer lugar, el grado de responsabilidad del agresor por el conflicto (tipo subjetivo/culpabilidad) le impone distintos niveles de tolerancia respecto a la acción defensiva, al tiempo que influye en el tipo de solidaridad (mínima o reforzada) que se le exige al agredido en el ejercicio de su defensa; por otro lado, la existencia de deberes de solidaridad reforzados o posiciones de garantía con relevancia en el conflicto introduce nuevas consecuencias en la estructura de deberes propia del conflicto. Por tanto, las distintas tipologías del conflicto defensivo se solucionan mediante la aplicación de ambos principios y con la siguiente lógica: a mayor responsabilidad del agresor por el conflicto, menor será la solidaridad exigida al agredido en la defensa de sus intereses. El objetivo es, en definitiva, garantizar la defensa de los bienes atacados al tiempo que se trata de devolver a la situación conforme a derecho a unos sujetos que, excepcionalmente, resuelven un conflicto jurídico mediante violencia privada.

Resum

La legítima defensa, com a causa de justificació que permet l'ús de la violència entre individus per la defensa de la pròpia vida i béns, és el reflex de la conceptualització filosòfica de la societat i dels principis en el quals es funda. Partint de la premissa que la societat és una exigència natural dels individus, els principis que s'adeqüen a ella, així com a una correcta fonamentació de la legítima defensa, són els de responsabilitat i solidaritat. El primer com a contrapartida de la llibertat individual per a organitzar la pròpia esfera, el segon com a conseqüència dels vincles que existeixen entre els individus i que fan possible l'existència objectiva de la comunitat.

Ambdós principis fonamenten, ordenen i limiten els conflictes propis de la legítima defensa. La seva estructura típica és la d'un subjecte que agredeix il·legítimament a un altre, originant-se per a aquest últim un dret a la defensa que, d'una banda, està limitada per deures de solidaritat i, per una altra, ha de ser tolerada per l'agressor en la mesura de la seva responsabilitat. Les variacions en aquesta estructura tenen el seu origen en raons institucionals, com és la pertinença a un vincle familiar, i també a raons organitzatives, per la qual s'imposa un deure de respondre per la pròpia conducta quan es lesionen interessos aliens. Partint d'aquest esquema, la mesura que cadascun dels subjectes pot actuar en la defensa dels seus interessos ve determinada per la confluència relativa dels següents factors: en primer lloc, el grau de responsabilitat de l'agressor (tipus subjectiu/culpabilitat) pel conflicte li imposa diferents nivells de tolerància respecte a l'acció defensiva, al mateix temps que influïx en el tipus de solidaritat (mínima o reforçada) que se li exigeix a l'agredit en l'exercici de la seva defensa; d'altra banda, l'existència de deures de solidaritat reforçats o posicions de garantia amb rellevància en el conflicte introduïx noves conseqüències en l'estructura. Per tant, les diferents tipologies del conflicte defensiu es solucionen mitjançant l'aplicació d'ambdós principis i amb la següent lògica: a major responsabilitat de l'agressor pel conflicte, menor serà la solidaritat exigida a l'agredit en la defensa dels seus interessos. L'objectiu és, en definitiva, garantir la defensa dels béns atacats al mateix temps que es tracta de retornar a la situació conforme a dret a uns subjectes que, excepcionalment, resolen un conflicte jurídic mitjançant la violència privada.

Abstract

Self defense, as a justification of the use of violence by individuals to defend their lives and possessions, is a reflection of both the philosophical conceptualization of the society and its founding principles. Following the presumption that society is a natural requirement for individuals, the principles adapted to it, as well as to a correct basis for self defense, are those of responsibility and solidarity. The first as the other face of individual liberty to organize the own sphere, the second as a consequence of the links between individuals that make possible community's existence.

Both principles ground, regulate and restrict the conflicts inherent in the self defense. Its typical structure is made of one subject who illegitimately attack/assault another, conceiving the right to defense for the latter which, on the one hand, is restricted by the duties of solidarity and, on the other, must be tolerated by the aggressor in accordance with his responsibility. The variations within the given structure stem from institutional causes, such as family connections, as well as from organizational reasons which generate the responsibility for one's own actions when someone else's interests are adversely affected. Given this scheme, the degree to which each one of the subjects can act to defend its interests is determined by a range of the following factors: firstly, the degree of the aggressor's responsibility for the conflict imposes him different levels of tolerance towards the defensive action, simultaneously affecting the type of solidarity – minimal or increased – to be demanded from the victim in the exercise of his defense; and, on the other hand, the existence of increased duties of solidarity or guarantee's positions relevant to the conflict, which introduce new consequences in the structure. Thus the different typologies of defensive conflict are solved by applying both principles with the following logic: the greater the aggressor's responsibility for the conflict, the lesser the solidarity demanded from the defendant will be in the pursuit of the defense of his interests. The objective then is to guarantee the defense of the life and goods attacked while making subjects abide the law again once they had, in exceptional circumstances, attempt to resolve a legal conflict through private violence.

Palabras claves / Keywords

Legítima defensa – solidaridad – posición de garante – agresión – responsabilidad –

Sumario

Introducción.....	8
Capítulo I. Planteamiento del problema.....	9
1.1. Una introducción al concepto de legítima defensa.....	9
A. La fundamentación contractualista de la legítima defensa.....	10
B. La fundamentación normativista de la legítima defensa.....	14
C. Toma de posición.....	17
1.2. El sistema normativo justificante y los principios fundadores de la legítima defensa.....	19
A. La ubicación de las causas de justificación en el sistema normativo.....	19
B. Los principios fundadores y ordenadores de las causas de justificación y su concreción en la legítima defensa.....	21
C. Los principios de solidaridad y responsabilidad como fundamento de la legítima defensa.....	23
Capítulo II: Deberes de solidaridad y los límites de la legítima defensa	29
2.1. Introducción a los deberes de solidaridad en Derecho penal.....	29
A. El principio de solidaridad en el modelo de Estado contemporáneo.....	29
B. El principio de solidaridad en el Derecho penal.....	30
2.2. El deber de solidaridad mínima como límite a la legítima defensa.....	32
A. Solidaridad mínima en función de la responsabilidad/culpabilidad del agresor.....	33
B. Otras exigencias de la solidaridad mínima.....	37
2.3. Los deberes de solidaridad reforzados y las posiciones de garantía: su afectación a la legítima defensa.....	39
A. Introducción a los deberes de solidaridad reforzados.....	39
B. Estructura y tipos de posiciones de garantía.....	41

B.1. Posiciones de garantía institucionales.....	42
<i>B. 1.a. Deberes especiales de amparo activo.....</i>	42
B.2. Posiciones de garantía con origen en la injerencia.....	43
<i>B. 2.a. Deber de garante de aseguramiento.....</i>	44
<i>B.2.b. Deberes de garante de salvamento con origen organizativo.....</i>	45
C. Incidencia de las posiciones de garantía en la legítima defensa y sus límites.....	46
C.1. La posición de garante como requisito de la agresión por omisión.....	46
C.2. Las posiciones de garante como límite a la legítima defensa.....	50
<i>a. Limitación a la legítima defensa entre cónyuges. Especial mención a la violencia doméstica.....</i>	52
<i>b. Limitaciones la legítima defensa en agresiones paterno-filiales...57</i>	
<i>c. Reflexiones en torno a la tortura en legítima defensa de terceros.....</i>	58
Conclusiones.....	65
Bibliografía.....	69

Introducción

El presente trabajo trata de aproximarse a una fundamentación y sistematización de la legítima defensa a partir de la óptica del principio de solidaridad y su correlato en los enunciados de responsabilidad en el ámbito jurídico-penal. Partiendo de que esta causa de justificación de la conducta tiene importantes conexiones con la fundamentación filosófico-política de la sociedad, se trata de llevar a cabo una configuración de la misma a partir de dos principios que nos parecen adecuados a las dos exigencias básicas de la naturaleza humana: disponer de un ámbito en el que ejercer la autonomía y, por otro lado, la pertenencia a una comunidad que permita el desarrollo adecuado de la propia personalidad. Los dos principios que cumplen esa premisa y que, por esa misma razón, sirven de adecuado fundamento y sistematización de los conflictos defensivos, son los de solidaridad y responsabilidad.

En ese sentido, el trabajo trata, en un segundo momento, de buscar en las exigencias concretas de cada tipología de casos la correcta articulación de las distintas responsabilidades y los distintos deberes de solidaridad que encontramos en el propio ordenamiento y en el desarrollo dogmático que de ellos se ha hecho. La complejidad del universo fáctico de la legítima defensa requiere una sistematización mayor de la que se ha realizado hasta ahora en aspectos como los siguientes: las variantes de solidaridad mínima exigida al agredido y, especialmente, la influencia de los deberes de solidaridad reforzados y las posiciones de garantía en los conflictos relativos a la legítima defensa. Este trabajo, una vez ha tratado de aproximarse al fundamento de dicha causa de justificación, trata de aportar algunas líneas dogmáticas por las que encauzar dicha sistematización, al tiempo que se proponen soluciones a determinados ámbitos problemáticos a partir de las herramientas derivadas de los principios de solidaridad y responsabilidad.

CAPÍTULO I. Planteamiento del problema

1.1. Una introducción al concepto de legítima defensa

La legítima defensa es una institución jurídica paradigmática dentro del marco normativo del derecho penal y de las causas de justificación en concreto. Su estructura, fundamentos y límites han sido discutidos a lo largo de los siglos y su materialización en los ordenamientos jurídicos ha ido variando en función de múltiples factores sociales e históricos. Para poder entender los fundamentos legales más concretos de esta institución jurídico-penal conviene delimitar, al menos sucintamente, los contornos teóricos y normativos en los que se mueve dicha causa de justificación en la actualidad, señalando los principios que se utilizan frecuentemente para explicar su existencia como parte del ordenamiento jurídico y, en definitiva, para justificarla.

La legítima defensa es una causa de justificación del comportamiento que va más allá de la propia dogmática penal, siendo expresión de principios de carácter transversal al ordenamiento jurídico y a la sociedad en general: entre otros, la exigencia social de solidaridad o la responsabilidad individual. La característica que le otorga una trascendencia especial respecto a otras instituciones jurídico-penales es que en ella se manifiesta la tensión fundamental entre los dos modos tradicionales de resolución de conflictos inter-personales: la violencia privada y la justicia pública. Como detallaremos más adelante, la legítima defensa tiene una importancia especial porque permite, dentro de sistemas sociales en los que están instauradas instituciones estatales de justicia pública, el uso de la violencia privada sin consecuencias sancionatorias para quien la ejerce. El modelo de legitimación y sus condiciones estará muy ligado a concepciones no necesariamente penales, sino de índole filosófico-políticas, tal como expresa JAKOBS en su introducción a la institución: *“El derecho a la legítima defensa legitima la violencia privada y por ello es dependiente de la configuración de los modelos políticos acerca de la relación entre el Estado y los ciudadanos”*¹. Por ello, parece conveniente introducir el problema con una breve explicación de sus anclajes filosóficos y políticos en el seno de una sociedad democrática contemporánea.

¹ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, §12.1; en el mismo sentido, IGLESIAS RÍO alude a los problemas de legítima defensa como de “naturaleza cultural” en la medida en que descansan sobre presupuestos axiológicos sobre la sociedad y el hombre, *vid.* IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Comares, Granada, 1999, pp. 4 y ss.; en el mismo sentido, STATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Navarra, Aranzadi, 2000, §9.1.

La legítima defensa, conceptualizada genéricamente como aquella situación de necesidad que justifica al individuo a defenderse de una agresión antijurídica empleando medios violentos o lesivos, tiene su anclaje teórico, por lo que se refiere a los ordenamientos contemporáneos, en dos corrientes filosófico-jurídicas: el *contractualismo*, como modo de fundamentar una concepción individualista en cuanto a sus principios de la defensa propia; y el *normativismo*, soporte de las revisiones supra-individualistas que se desarrolla en cierta oposición a la primera. A continuación analizaremos brevemente la estructura conceptual que aportan ambas teorías y de qué modo influyen en la fundamentación de la legítima defensa y sus límites.

A. La fundamentación contractualista de la legítima defensa

En el contractualismo, que en sus líneas clásicas ha sido abanderado por autores como HOBBS, SPINOZA y ROUSSEAU, el hombre en estado de naturaleza no tiene propiamente derechos sino *poderes*², y la configuración de su esfera individual llegará hasta donde llegue aquello a lo que pueda acceder gracias a su propio poder o ingenio. Los hombres no mantienen entre sí más que una relación instrumental³ que, por otro lado y en parte como consecuencia, es tendente a la enemistad y al conflicto. No existe, por tanto, un orden social porque se cuestiona al tiempo la existencia de una verdadera sociedad, por lo que los comportamientos individuales no se rigen por norma objetiva alguna. En palabras del propio ROUSSEAU: “*no teniendo entre sí los hombres en este estado ninguna clase de relación moral, ni de deberes conocidos, no podían ser ni buenos ni malos*”⁴. Así, el individuo agredido por un tercero al que no está vinculado jurídicamente tendrá un derecho ilimitado a la defensa; sin embargo, tampoco se podrá fundamentar un deber de tolerar la defensa en el agresor, porque ni siquiera existirá un orden jurídico objetivo por el que la agresión de antijurídica. Si todos tienen derecho a todo, nadie tiene derecho a

² “*En esta guerra de todos contra todos se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia*” HOBBS, THOMAS, *Del Ciudadano y Leviatán*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 127; “*en el estado natural no existe pecado o que, si alguien peca, es contra sí y no contra otro. (...) En una palabra, por derecho natural nada está prohibido, excepto lo que nadie puede realizar*” SPINOZA, BARUCH, *Tratado Político*, Madrid, Alianza, 2004, p. 100.

³ *vid.* JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho funcional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 51 y s.

⁴ ROUSSEAU, JEAN JAQUES, *Del contrato social, Sobre las ciencias y las artes, Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza, 2003, p. 260.

nada⁵, por lo que las diferencias en las posiciones jurídicas individuales, si se puede hablar así del estado de naturaleza, vienen determinadas por la fuerza. El resumen del marco explicativo de las relaciones recíprocas entre los individuos existentes en cada Estado lo proporciona la conocida cita de KANT perteneciente a *La paz perpetua*:

“Comúnmente se admite que nadie puede hostilizar a otro, a no ser que éste haya agredido de obra al primero. Es muy exacto cuando ambos viven en el estado civil o legal. Pues, por el solo hecho de haber ingresado en el estado civil, cada uno da a todos los demás las necesarias garantías y es la autoridad soberana la que, teniendo poder sobre todos, sirve de instrumento eficaz de aquellas garantías. Pero el hombre - o el pueblo - que se haya en el estado de naturaleza no me da esas garantías y hasta me lesiona por el mero hecho de hallarse en ese estado de naturaleza (...). Todos los hombres que pueden ejercer influjos unos sobre otros, deben pertenecer a alguna constitución civil”⁶

Como vemos, en el estado de naturaleza, la imposibilidad de vincular a los individuos a un orden jurídico o una constitución civil conlleva que sus relaciones se caractericen por la arbitrariedad o, en todo caso, por la ausencia de límites jurídicos a la voluntad. Por otro lado, y tal como se desprende de los escritos de ROUSSEAU, el único límite hipotético que, sin embargo, no puede constituir un límite jurídico a la violencia individual ni tampoco a la defensa propia sería el de la piedad, la cual opera como “*sentimiento natural que, moderando en cada individuo la actividad del amor de sí mismo, concurre a la conservación mutua de toda especie*” y que está representado por la máxima de “*haz tu bien con el menor mal posible para otro*”⁷. El límite de la piedad, cuya máxima tanto recuerda a la necesidad legal de utilizar el medio menos lesivo para la defensa, sería la única restricción posible a la defensa propia en estado de naturaleza, puesto que por todo lo demás el individuo agredido podrá asegurar su conservación con todos los medios violentos de que disponga, sin que por ello pueda convertirse su comportamiento en jurídicamente reprochable. En todo caso, el aspecto de los límites de la legítima defensa lo desarrollaremos en el

⁵ En la misma línea, PÉREZ DEL VALLE indica lo siguiente respecto a HOBBS y la incidencia de su teoría del estado de naturaleza en la legítima defensa: “*Una protección jurídica como la otorgada por la defensa difícilmente podría ser aceptada, por ejemplo, en Hobbes, pues ésta requiere una diferencia de posiciones jurídicas entre agresor y agredido que no puede fundamentarse en el derecho de todos contra todos. En aquella visión –la de Hobbes–, la defensa en el estado de naturaleza no tiene límites, porque no está restringida a una agresión ilegítima del otro; toda intervención del otro es siempre legítima, porque tiene derecho a todo*” PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *¿Derecho como protección de los más débiles?* en *Vulnerables: penar la fragilidad humana* (coord.: Aquilino Cayuela), Encuentro, Madrid, 2005, pp. 112 y s.

⁶ KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Crítica de la razón práctica, La paz perpetua*, Porrúa, México, 2003, p. 252; para una explicación más detallada del estado pre-jurídico en Kant y las relaciones inter-subjetivas, vid. PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo*, RECPC, 10-3, 2008, pp. 3:3 y s.

⁷ ROUSSEAU, JEAN JAQUES, *Del Contrato social*, Op. Cit., p. 267.

segundo capítulo, en el que podremos advertir la reformulación que se hace de lo que ROUSSEAU entiende por *piEDAD*, o lo que llamaría KANT el límite de la ética⁸.

Ahora bien, el estado de naturaleza no es más que una hipótesis explicativa de la constitución de la sociedad a través del contrato social. Lo relevante, en relación a conceptualizar la legítima defensa desde este punto de vista que el contrato social, es la transferencia de todos los individuos de su derecho a gobernarse a sí mismos a un poder común para que los administre y asegure la paz y la seguridad⁹. La transmisión al Estado del derecho a la defensa propia es más discutida, especialmente en ROUSSEAU¹⁰. HOBBS, por su parte, reconoce claramente que, en la medida en que la defensa propia está en estrecha relación con la principal inclinación natural, la auto-conservación, se mantendrá como una facultad intransferible del individuo, especialmente para aquellas situaciones defensivas motivadas por un peligro para la propia vida¹¹.

Entre los derechos transferidos se encuentra indudablemente el de emplear la violencia para resolver los conflictos inter-subjetivos, de lo que se deduce que el individuo a quien se dirija una agresión o una afrenta ya no podrá ser juez de su propia causa, sino que deberá dirigirse al Estado para que canalice su pretensión de *justicia*. Precisamente, el paso del estado natural al estado social contractualista se simboliza por la adquisición por parte del poder público del monopolio de la violencia legítima: ningún individuo podrá imponer violentamente el orden social ni vengar ofensas propias ni ajenas; la justicia pertenece al ámbito exclusivo del Estado no como capacidad complementaria o secundaria, sino como principio fundamentador de su misma existencia¹². Si la sociedad ha sido constituida es en gran medida para

⁸ *vid.* KANT, INMANNUEL, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 93 y s.

⁹ *vid.* HOBBS, T., *Del Ciudadano y el Leviatán*, *Op. Cit.*, p. 146; ROUSSEAU, JEAN JAQUES, *Del Contrato social*, *Op. Cit.*, p. 39.

¹⁰ Para una interpretación de la doctrina sobre la legítima defensa que se desprende de los escritos de ROUSSEAU, *vid.* PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 197 y s.

¹¹ En HOBBS, podemos considerar que más que normativizar la defensa propia a través del pacto social, lo que sucede es que las situaciones de legítima defensa "extrema", es decir, aquellas que suponen un serio riesgo para la vida del individuo, permiten a éste invalidar para el caso concreto las condiciones del propio contrato, en la medida en que nadie está obligado a nada cuando la vida propia está en riesgo: "*el contrato mantiene la validez sólo sobre la respectiva base individual de contratación de que sea necesario para la conservación de la vida de acuerdo con las reglas generales de varazón. Es decir, deja de ser válido si la vida corre peligro*" JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona*, *Op. Cit.*, pp. 55 y s.

¹² Así lo afirma, entre muchos sociólogos y filósofos, LIPOVETSKY en su análisis de las violencias primitivas y las modernas: "*Ciertamente, desde que el Estado comenzó a afirmar su autoridad, se esforzó en limitar la práctica de la venganza privada sustituyéndola por el principio de una justicia pública, dictando leyes propias para moderar los excesos de la venganza: ley del talión, abandono noxal, tarifas legales de composición. Ya se ha dicho, la venganza es, por definición, hostil al Estado, por lo menos en su plena expansión, es por eso que su nacimiento coincidió con el establecimiento de sistemas judiciales y penales, representantes de la autoridad suprema,*

que pueda delimitarse, entre otras cosas, quién agrede legítimamente y quién no, y las consecuencias de una y otra conducta las materializará el Estado a través de mecanismos coactivos a él reservados.

En la sociedad constituida por el pacto, por tanto, se lleva a cabo una socialización del individuo a través de normas jurídicas que configuran las conductas individuales, permitiendo el tránsito de la irracionalidad de las relaciones naturales a otras que se adecuen mejor a la paz y la conservación del cuerpo social. Ese tránsito supone también una juridificación de la defensa propia, que pasará de ser una capacidad absoluta de repeler violentamente agresiones a convertirse en un mecanismo subsidiario y reglado para la conservación de la propia vida y bienes. A pesar de que el Estado se atribuya el monopolio de la violencia, no está capacitado para garantizar una seguridad y protección absolutas, de modo que, allá donde no exista presencia policial para evitar lesiones, faculta al individuo para auto-protegerse. En ese sentido, las causas de justificación constituyen la excepción a dicho monopolio al permitir al individuo emplear la violencia, incluso dar muerte al agresor, cuando vea su vida o bienes en peligro inminente y no tenga la posibilidad fáctica de solicitar protección por parte de las fuerzas del poder público.

Desde esta perspectiva se entiende la relevancia simbólica y normativa de la legítima defensa, último resquicio de la violencia privada como medio de resolver conflictos entre individuos que, para no poner en cuestión el propio fundamento del Estado, es sometido a diversos límites que lo hacen compatible con los principios sociales que permiten la convivencia. En síntesis, desde el esquema contractualista, el individuo que vive en sociedad retiene un derecho a defenderse de agresiones que, previamente, ha sido configurado y delimitado por el Estado¹³. El Contrato social normativiza la defensa propia y, por tanto, solo se puede hablar de legítima defensa cuando ésta se ejerce según los parámetros jurídicamente establecidos en las normas. Con ello, la institución de la legítima defensa pasa de ser una capacidad natural-individual a convertirse, una vez existe el Estado, en una concesión del poder público para el ejercicio de la violencia en determinadas situaciones de necesidad que tienen lugar en la sociedad.

destinados concretamente a temperar las venganzas intestinas a favor de la ley del soberano" LIPOVETSKY, GILLES, *La era del vacío*, Barcelona, Anagrama, 2006, p. 186; para un análisis más detallado del proceso transitorio de una venganza privada y ritual a la justicia pública a través de sistemas penales y judiciales, *vid.* IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Burgos, Universidad de Burgos, 1999, pp. 39 y s.

B. La fundamentación normativista de la legítima defensa

El esquema normativista funciona con un razonamiento inverso. A partir de una crítica del naturalismo implícito en el esquema contractualista, autores como JAKOBS y ROXIN conceptualizan las instituciones jurídicas haciendo prevalecer el significado social que las normas atribuyen al conflicto jurídico por encima de las cuestiones fáctico-naturales. En la teoría del derecho de JAKOBS el lugar primordial de lo normativo como contrapuesto a la realidad empírica es más que constatable: “*La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad social. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. (...) Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo*”¹⁴. Sin tratar de ahondar en el fundamento y las consecuencias generales de esta posición jurídico-filosófica, sí sería conveniente trazar algunas de las consecuencias que se desprenden de ella en lo que a la conceptualización de la defensa se refiere.

La realidad social, en cuyo seno se producen los conflictos que el Derecho penal trata de resolver, podría conceptualizarse y desgranarse en tres estratos: un *plano natural*, constituido por lo que sucede en sentido fáctico y aséptico en las relaciones sociales; el *plano social*, formado por el entramado de relaciones sociales, interacciones, cooperación y conflicto entre quienes componen la comunidad; y, por último, un *plano normativo*, un amalgama de normas sociales con forma de prohibiciones, mandatos y permisiones que tratan de informar y estructurar realidades naturales y sociales de modo que sea posible tanto la existencia de la sociedad misma como la persecución de determinados fines comunes. Dentro de este esquema, la legítima defensa, tomada en su conjunto, presenta las mismas facetas y de ellas se pueden extraer algunas consecuencias jurídicas importantes: su base fáctica es un conflicto inter-personal que pone en riesgo objetivamente un bien jurídico; su carácter social le impone determinadas características añadidas, extendiéndose el conflicto individual hasta convertirse en un hecho con significación social, esto es, que tiene su incidencia en la conciencia social; y, por último, el plano normativo acaba de definir jurídicamente sus contornos, sus límites y condiciones, y de afirmar su significado en relación al ordenamiento jurídico y la identidad social.

En ese esquema general, el normativismo se caracteriza por describir la realidad jurídica general, y la legítima defensa en concreto, como un conflicto *sobre-*

¹⁴ JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona*, Op. Cit., p. 11.

determinado por el estrato normativo, cuyo fundamento y límites están más conectados con las normas en sí mismas que con la *materialidad* del conflicto. Todo lo que tiene de sentido un conflicto originador de una defensa legítima lo recibe de la norma; todo lo demás son hechos y relaciones naturales neutras, carentes de significado comunicativo, como indica JAKOBS: “es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas”¹⁵. Así, la legítima defensa es un hecho naturalístico más hasta que la norma le atribuye un significado social y un contorno jurídico adecuado a la propia identidad normativa de la sociedad. La teoría de JAKOBS en relación al derecho en general tiene esta estructura marcadamente normativista, que no se corresponde del todo con su conceptualización de la legítima defensa como una institución que defiende “el bien atacado, y nada más”¹⁶. Sí se corresponde, en cambio, con otras caracterizaciones concretas de dicha causa de justificación, en el sentido de que interpreta sus fundamentos y límites en función de expectativas normativas y sociales, mientras que rebaja en un importante grado la importancia de consideraciones fáctico-naturales¹⁷.

Está mas presente la teoría del derecho normativista, en cambio, en la fundamentación de ROXIN: “en toda justificación por legítima defensa deben operar conjuntamente los principios de protección individual y de prevailecimiento del derecho, a cuyo efecto las diversas necesidades del prevailecimiento del Derecho influyen de modo distinto en la configuración de las facultades de protección”¹⁸. Así, la defensa propia de un particular no sólo tiene la función de proteger un bien jurídico, sino que resulta una afirmación del derecho por parte del particular análoga a la que realiza el Estado cuando ejecuta la pena. Quien se defiende también afirma la identidad normativa, la vigencia de las normas jurídicas frente a quien las infringe, de modo que se comunica el mensaje de que quien agrede antijurídicamente se

¹⁵ JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona*, Op. Cit., p. 37.

¹⁶ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §12.20. ; para una crítica a JAKOBS por su concepción individualista de la legítima defensa, vid. PALERMO, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Op. Cit, pp. 54 y s.

¹⁷ por ejemplo, sobre la insuficiencia del sentido naturalístico de agresión antijurídica como condición para una defensa legítima, vid. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §16.1.

¹⁸ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del derecho*, Trad. de la 2ª edic. alemana, Madrid, Civitas, 1997, §15.3; en el mismo sentido, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2008, §16.40.

expone a un riesgo determinado no sólo en relación al Estado, sino también al particular que puede afirmar su derecho. Estaríamos, por tanto, ante la teoría del doble fundamento de la legítima defensa, la cual resalta el sentido expresivo o comunicativo de la acción defensiva como institución que va más allá de la protección de un interés subjetivo, como podía suceder en la justificación contractualista, insistiendo en el sentido normativo de afirmación del ordenamiento jurídico que tiene la defensa para quien soporta la agresión y para el resto de destinatarios de las normas sociales. Así se ha expresado también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español desde hace mucho tiempo, al afirmar, por ejemplo, en la STS de 2 de octubre de 1981 (ponente: F. DÍAZ PALOS): “La legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de auto protección y de afirmación del derecho”.

Otras versiones más extremadas de la concepción normativista de la realidad jurídica y de la legítima defensa en concreto afirman que ésta no tiene siquiera un sustrato en la realidad social o natural, y que encuentra su fundamento solamente en las normas, de modo que sin ellas no se distinguiría apenas de cualquier otro suceso natural. Así lo indica PALERMO, de modo que, según el esquema explicativo con el que venimos estructurando la introducción a la legítima defensa, su fundamento y su carácter distintivo provienen exclusivamente de la norma o, más exactamente, de su infracción¹⁹. La realidad jurídica no tiene anclaje en la realidad natural ni social, es simplemente el fruto de la construcción o formación que de ella se hace a través de normas, roles, expectativas y previsiones jurídicas. En esta línea se mueven muchas de las críticas que se llevan a cabo al normativismo, insistiendo en que si bien es cierto que la norma social tiene un papel fundamental en la ordenación de la realidad social, no puede llegar hasta el punto de construirla o formarla *ex nihilo*, como si en la propia realidad fáctica no hubiera signos, como mínimo indiciarios y pendientes de desarrollar, a partir de los que tomar decisiones normativas y configurar el ordenamiento jurídico en adecuación a ellos²⁰.

¹⁹ “Una tormenta de granizo puede destruir la carrocería de un automóvil, del mismo modo que el agresor puede dañar un objeto propiedad del agredido. Por ello, lo específico de una situación de legítima defensa no es la existencia de un peligro para los bienes del agredido, pues lo que distingue a esta causa de justificación de las situaciones de peligro antes enunciadas es que el riesgo de lesión se origina en el quebrantamiento de una norma” PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Op. Cit, pp. 179 y s.

²⁰ Así lo expresa MIR PUIG en su crítica a la visión excesivamente normativa de las causas de justificación: “Las causas de justificación no suponen solamente una valoración distinta del hecho típico, sino que requieren una situación fáctica –integrada de elementos descriptivos y normativos– que explica aquella distinta valoración. (...) Con frecuencia parece suponerse que la diferencia que hay entre un hecho típico no justificado y otro típico justificado no es fáctica, sino puramente valorativa: se trataría de un mismo hecho (el hecho típico) valorado de otro modo por su distinto significado normativo. (...) Pero este planteamiento no tiene sentido, porque no explica por qué, si el hecho no justificado y el justificado son iguales en cuanto hechos, han de ser valorados de forma

C. Toma de posición

Nuestra exposición de la legítima defensa y de sus problemas jurídicos se sustenta en una posición crítica respecto de las dos descritas anteriormente, la visión individualista del contractualismo y la reformulación normativista. El planteamiento del que partimos descarta que la sociedad sea el producto de un contrato con capacidad de transformar la naturaleza humana y convertir un hombre salvaje en uno con capacidad de sociabilidad y comunicación; al tiempo que parece poco razonable que una norma por sí misma sea capaz de adscribir sentido a los conflictos sociales sin referirse a las connotaciones existentes en la realidad fáctica o material. Por el contrario, y siguiendo el esquema explicativo de los distintos estratos, parece que ya en el estrato natural y el social, donde todavía las relaciones sociales no están *sobre-determinadas* por normas jurídicas, existen signos e indicios de los que se pueden extraer pautas de comportamiento y, por tanto, de reglamentación normativa. En esa línea, la norma no sólo tendrá la referencia de la identidad social-normativa como parámetro de validez o legitimidad, sino que tendrá un parámetro referencial externo en la propia realidad social a la que da orden.

Lo expondremos con un ejemplo concreto relativo a la legítima defensa: si un padre, en legítima defensa de su hijo, lesiona al autor del secuestro, está llevando a cabo un comportamiento sustancialmente distinto del padre que tortura a la familia del secuestrador a modo de venganza²¹. En lo que respecta a su justificación, ambos comportamientos son distintos por su calificación normativa, pero antes y primordialmente porque en el plano fáctico y en el sentido social ambas conductas presentan una motivación interna y una apariencia externa divergentes. Si bien es cierto que una norma, en función de su peculiar servicio a determinada identidad normativa, puede llegar a equiparar jurídicamente ambas conductas, podremos

distinta. Si ambos son el mismo hecho, deberían valorarse igual. Si se valoran de forma diferente es porque no son iguales: el hecho justificado tiene que tener algo distinto en sí mismo que explique su justificación" MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, pena y delito*, Buenos Aires, BdeF, 2006, p. 352.

²¹ Este ejemplo es una variación de un caso "Wolfgang Daschner" que tuvo lugar en Alemania en Octubre de 2002, en el que un alto cargo policial amenazó con torturas a un secuestrador con el objetivo de obtener información sobre el paradero del niño secuestrado. El ejemplo, modificado de modo que se sustituye al policía por el padre, puesto que parece que la tortura por parte de un agente del estado estaría prohibida sin excepciones (opinión que aquí se discute), mientras que por un particular cabría legítima defensa mediante tortura si se dan los presupuestos. El ejemplo es especialmente adecuado para apreciar que en el hecho ya existen signos de juridicidad: el padre que tortura al secuestrador siendo éste el último y único medio necesario para salvar la vida de su hijo actúa de modo justificado por la propia lógica de las relaciones sociales; en cambio, tras el fallecimiento del hijo, torturar al secuestrador o a su familia no estaría justificado porque los requisitos que cumple no son los de la defensa sino los de la venganza. En el plano fáctico-social ya no hay necesidad ni posibilidad de salvar la vida del niño, por lo que la norma jurídica que regula los conflictos ha de atender a esas diferencias en el propio sentido del comportamiento.

afirmar con cierta seguridad que dicha norma no servirá en ningún sentido a la resolución de los conflictos que presentan las relaciones sociales más elementales y, en concreto, a las de la legítima defensa²².

En ese sentido, y ya para finalizar esta introducción conceptual a los problemas de la legítima defensa, sí compartimos con la visión normativista y en contra del contractualismo la concepción de la sociedad como una realidad natural ligada al individuo ineludiblemente. Así, el modo de interpretar las relaciones inter-subjetivas ha de encontrar el punto medio entre la individualidad, presupuesto de la imputación objetiva y la responsabilidad personal, y la comunidad política; del mismo modo que ha de buscarlo entre lo fáctico y lo normativo. Nos adherimos a la formulación de KARGL y su concepto de “intersubjetividad”, con el que, según describe PALERMO en su análisis: *“el libre desarrollo de la personalidad sólo es posible si el individuo es entendido ‘intersubjetivamente’, es decir, para que el individuo logre identidad y su autorrealización, es ineludible su reconocimiento y aceptación por parte de los demás individuos. A través de sus semejantes el individuo puede lograr independencia y libertad en el desarrollo de su personalidad”*²³. Así, los conflictos relacionados con la legítima defensa no son ni una realidad meramente natural en que interaccionan individuos aislados ni tampoco un suceso fáctico al que la norma adscribe un sentido determinado *ex novo*; es, en cambio, un conflicto que tiene lugar en la sociedad y que ha de resolverse a partir de determinados principios que, si bien han sido desarrollados y matizados en el plano normativo, tienen su fuerza y virtualidad propias en el plano de las relaciones sociales.

A partir de esta aproximación a los fundamentos filosófico-políticos de los problemas de la legítima defensa, la abordaremos desde una perspectiva propiamente jurídica. A continuación trataremos de describir y concretar cuales son los principios que pueden vertebrar y ordenar adecuadamente los conflictos relacionados con las situaciones de defensa propia, al tiempo que trataremos de ubicar dichos conflictos en el sistema normativo en el que se insertan.

²² Sobre la importancia del plano real u ontológico para configurar el derecho a la legítima defensa se expresa la STS 29-01-1998 (Ponente: F. SOTO NIETO), en su fundamento jurídico 5º: *“No bastando cualquier intromisión o perturbación en incidente sobre ajena esfera jurídica, sino que aquéllos han de incluir un peligro real y objetivo con potencia de dañar, caracterizándose, cual se ha destacado, en el plano ontológico, por su actualidad o inminencia, y en el axiológico o jurídico, por su ilegitimidad”*.

²³ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Op. Cit, p. 79.

1.2. El sistema normativo justificante y la articulación de los principios fundamentados de la legítima defensa

Una cuestión central para la configuración de la legítima defensa es la articulación de las situaciones fácticas que presenta a través de los principios que sirven para poder clarificar cuál de las distintas soluciones es la más adecuada, en función del propio carácter particular de las causas de justificación como dimanantes de normas permisivas. El autor que ha desarrollado con más detalle esta relación entre la estructura normativa de las causas de justificación y sus principios fundadores y limitantes ha sido, al menos en la doctrina española, BALDÓ LAVILLA, en su monografía titulada “*Estado de necesidad y legítima defensa*”²⁴. Para entender el modo en que operan los principios rectores en las causas de justificación, es necesario, tal y como hace el propio BALDÓ, dar alguna explicación sobre el lugar que ocupan las mismas en la teoría de las normas.

A. La ubicación de las causas de justificación en el sistema normativo

El ordenamiento jurídico-penal se compone de *normas sancionadoras*, que pueden tomar la forma de mandatos o prohibiciones, normas que motivan a “*hacer*” o a “*no hacer*” y que, por su carácter rígido y limitado, necesitan de un complemento por el que permitir que esos mandatos y prohibiciones decaigan cuando existen buenas razones²⁵ para que así sea. El ejemplo más claro para visualizarlo es que la norma primaria de carácter negativo o prohibitiva que dirige el ordenamiento al ciudadano y que dice “*no pongas fin a la vida de otro*” puede, en función del contexto, no ser exigible para un caso concreto²⁶. Con el fin de complementar las normas sancionadoras y solventar su defecto inevitable de rigidez, el ordenamiento jurídico establece las *normas permisivas*, cuya finalidad “*es la de abarcar la multiplicidad y multiformidad de contextos en los que, según los principios inmanentes al sistema,*

²⁴ BALDÓ propone acertadamente que, como presupuesto dogmático y considerando que las causas de justificación son una especie de las normas permisivas que componen el sistema normativo, ha de existir una coherencia sistemática entre las ideas rectoras de ordenamiento y el conjunto formado por las normas prohibitivas, prescriptivas y permisivas. Su desarrollo sistemático, que aquí compartimos en su mayor parte, busca encuadrar las causas de justificación en sus aspectos más concretos en la lógica interna y de principios del propio sistema jurídico, *vid.* BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 33-41.

²⁵ JAKOBS insiste en la consideración de las causas de justificación como situaciones en las que opera un buen motivo para hacer decaer la prohibición: “*Las causas de justificación son los motivos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibidos*” JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, §11.1.

²⁶ A partir del mismo ejemplo, STATENWERTH identifica las causas de justificación como generalizaciones de las restricciones o excepciones a las normas prohibitivas, STATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general, Navarra, Aranzadi, 2000*, §9.1.

existen buenas razones para que se recorten las reglas de comportamiento particulares”²⁷. Lo relevante es advertir como todo sistema normativo está compuesto de dos subsistemas o planos diferentes, que se complementan entre sí y de los que se ha de predicar coherencia: tenemos un *sistema normativo básico* que prescribe y proscribte conductas a los ciudadanos, al que se superpone un *sistema normativo justificante* con capacidad de anular los mandatos del básico. El adecuado complemento de ambos subsistemas, es decir, la coherencia interna y sistemática entre lo que se prohíbe, lo que se prescribe y lo que se permite evitará las dificultades que nos encontramos a menudo cuando una norma de rango inferior permite una conducta prohibida por una de rango superior.

Por ejemplo: este problema es frecuente en los casos relativos a delitos medioambientales, en los que la Administración Pública autoriza a contaminar, mediante “Planes de descontaminación gradual”, por encima de los límites legales y de punibilidad para permitir una reducción gradual asumible para la empresa, de modo que la norma administrativa permisiva tiene como finalidad anular una norma penal prohibitiva. Estos conflictos tienen difícil resolución en la medida en que el complejo del problema carece de coherencia sistemática, puesto que una autorización administrativa no tiene la fuerza normativa suficiente para anular una prohibición penal. Entre otras, STS 19/1/2002 (Ponente: JOSÉ JIMENEZ VILLAREJO).

En el ordenamiento jurídico-penal, las normas permisivas paradigmáticas que completan el cuadro normativo son las causas de justificación, entre las que se encuentra la legítima defensa. Si se analizan detenidamente, todas ellas describen mediante fórmulas abstractas situaciones en las que un comportamiento típicamente relevante deviene lícito en función de consideraciones contextuales que influyen en la motivación de quien actúa. Sin entrar en la discusión sobre si las causas de justificación eliminan o no la tipicidad²⁸, lo relevante para comprender su carácter normativo es la discusión de si quien realiza un comportamiento amparado por una norma permisiva infringe o no la norma prohibitiva o prescriptiva que lo sanciona. En este sentido, y partiendo como fundamento de la necesaria coherencia del sistema de normas, parece que el alcance de una norma permisiva, y concretamente su capacidad comunicativa, llega a paralizar *ab initio* el recorrido propio de la norma primaria prohibitiva o prescriptiva. Es decir, si pudiésemos visualizar de qué modo operan las normas en la relación ciudadano-ordenamiento jurídico, así como el proceso por el que el propio sistema envía el contenido expresivo de la norma primaria que amenaza con sanción, parece lógico pensar que quien se encuentra en un contexto propio de una norma permisiva corta la vía comunicativa de la norma sancionadora²⁹. Por supuesto, esta conclusión sólo vale para el plano abstracto de

²⁷ BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 34.

²⁸ *vid.* MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general, Op. Cit.*, §16.6 y s.; BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa, Op. Cit.*, pp. 35 y s.

²⁹ En la misma línea se pronuncia JESCHECK: “*Cuando concurre una causa de justificación la norma prohibitiva contenida en el tipo de injusto deja de ser eficaz como deber jurídico en el caso*

la teoría de las normas, puesto que, en la práctica, el examen de la tipicidad y la antijuridicidad se producen *ex post*.

Por ejemplo: sería ilógico que el ordenamiento jurídico-penal, a una persona que está ante un riesgo vital inminente por la amenaza de un tercero que se dirige a él amenazante y portando un cuchillo, le enviase el mensaje que prohíbe lesionar o matar. El contexto constituido por la agresión que pone en peligro la vida del que se defiende anula la virtualidad de la norma sancionadora. Por esa razón, quien actúa bajo el amparo de una causa de justificación no infringe norma jurídica alguna, por mucho que su comportamiento sea típicamente relevante³⁰.

B. Los principios fundadores y ordenadores de las causas de justificación y su concreción en la legítima defensa

Visto ya el lugar que ocupan las causas de justificación, y la legítima defensa como una de ellas, en el ordenamiento jurídico-penal, hemos de analizar de qué modo se produce la ordenación de las normas, en función de qué criterios y principios se estructura el sistema normativo justificante en relación al normativo básico. Con anterioridad hemos planteado el problema de como ha de configurarse la legítima defensa de modo que el plano normativo, en otras palabras, el legislador penal, pueda encontrar criterios materiales presentes en el plano social, aunque sea indiciariamente, y que sirvan para orientar las posibles soluciones a los conflictos jurídicos que plantea. BALDÓ desarrolla el sistema normativo justificante a partir de lo que denomina un proyecto sistematizador que no sólo cumpla la función de ordenación, sino que además sirva para su fundamentación: "*Estas buenas razones (las causas de justificación) no son - ni pueden ser - otra cosa distinta que expresiones concretas de ideas rectoras inmanentes al sistema o de los principios desarrollados a partir de dichas ideas rectoras, pues sólo éstos permiten legitimar materialmente la prevalencia de unos intereses sobre otros*"³¹. BALDÓ propone como ideas rectoras dos de los valores supremos consagrados constitucionalmente, de los cuales derivará los principios más concretos que servirán al desarrollo y la solución de los conflictos jurídicos de la justificación. Esos valores son la *solidaridad* y la *libertad*, expresión ambos de todo el significado que hoy en día tiene el Estado social y democrático de derecho, y que proyecta importantes consecuencias en el ordenamiento jurídico-penal y sus instituciones concretas.

El desarrollo jurídico de las causas de justificación irá, por tanto, muy en la línea de la conclusión filosófico-política a la que llegamos en el apartado anterior: la sociedad

concreto" JESCHECK, HANS-HEINRICH Y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte general, Comares, 5ª ed., Comares, 2002*, §31.

³⁰ En el mismo sentido, *vid.* MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general, Op. Cit.*, §16.8.

³¹ BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa, Op. Cit.*, pp. 34 y s.

ha de ser un equilibrio adecuado entre la propia *individualidad*, expresada en la libertad que tiene cada uno de organizar su propia esfera, y la *intersubjetividad* o *sociabilidad*, de la que se desprenden deberes de solidaridad entre las esferas que en ocasiones se expresan en positivo (“deber de mejorar la esfera ajena”) y otras en negativo (“deber de tolerar consecuencias negativas en la propia esfera”).

El modo por el que la autonomía individual opera en la legítima defensa es a través de su complemento sinalagmático: la responsabilidad (9.3 CE) por la propia organización. Como hemos tenido ocasión de señalar, la consecuencia normativa de que los individuos dispongan de una esfera propia en la que ejercer su libertad de configurar sus bienes, sus derechos y de modular su comportamiento, es que se les convierte en responsables de los peligros que eventualmente se deriven de dicha organización. En otras palabras, la libertad de organización va necesariamente ligada a la responsabilidad por la propia organización, de modo que uno responde en función de esa lógica básica de las relaciones sociales³². Por tanto, la concreción del principio de autonomía en la articulación de las causas de justificación se produce a través de su correlato en la responsabilidad por el propio comportamiento de quienes participan en el conflicto. En el fondo de la idea de responsabilidad por la propia libertad, encontramos a su vez el principio de solidaridad. La concepción individualista del contractualismo da razones para la responsabilidad, puesto que el incumplimiento del Contrato social da lugar a una *respuesta* frente al Estado; en cambio, la solidaridad, en tanto que impone deberes de evitar el daño ajeno aún cuando el obligado no sea responsable del mismo (en el deber de socorro del 195 CP y el estado de necesidad del 20.5º CP, por ejemplo), sólo puede fundamentarse desde la exigencia de la comunidad como requisito del desarrollo individual. En ese sentido, el principio de solidaridad, como deber de responder frente a determinadas exigencias sociales, está presente también en la fundamentación de la responsabilidad individual.

Sobre los principios justificantes y rectores de la legítima defensa hay distintas opiniones doctrinales que se agrupan en dos categorías: las *teorías monistas*, aquellas que la legitiman, junto al resto de causas de justificación, a partir de un sólo principio (por ejemplo, ROXIN, SAUER, JESCHECK); y las *teorías pluralistas*, que las fundamentan en más de uno (JAKOBS, BALDÓ, FRISTER). Por otra parte, en las causas de justificación, desde una perspectiva general, operan dos tipos de principios: principios generales del derecho de carácter abstracto, como son “el

³² *Ibid.*, p. 75.

empleo del medio adecuado para el fin justo”, el de “interés preponderante”, el de “más beneficio que daño”, la “ponderación de valores”..., etc.; y otros principios de carácter material y en un nivel menor de abstracción, como son los principios de solidaridad y responsabilidad. La dificultad de elaborar un sistema legitimador basado en los principios es que cada una de las causas de justificación presenta una situación característica, de modo que los criterios ordenadores de la legítima defensa pueden ser sustancialmente distintos a los del estado de necesidad³³. Esa es la causa principal de que la discusión entre las teorías monistas y las pluralistas no haya concluido en acuerdo dogmático alguno, puesto que la generalización que cualquiera de ellas supone las hace vulnerables a las críticas. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, ha tendido a identificar la legítima defensa con el *principio de interés preponderante*, como por ejemplo en la citada STS de 2 de octubre de 1981 (Ponente: F. DÍAZ PALOS), la STS de 24 de febrero de 2000 (Ponente: J. A. SÁNCHEZ MELGAR) o en la STS de 5 de abril de 1989 (Ponente: L. VIVAS MARZAL).

C. Los principios de solidaridad y responsabilidad como fundamento de la legítima defensa

A continuación analizaremos las dos visiones que nos parecen más completas acerca de la articulación de los principios legitimadores, la de BALDÓ y la de JAKOBS, proclives a las teorías pluralistas y a un su sistema justificante que se sustente en los principios de *responsabilidad y solidaridad*³⁴. Trataremos de hacer una breve presentación de la idea central para más tarde matizarla en algún sentido. La idea de fundamentar la defensa en estos dos principios concuerda con nuestra concepción anteriormente expuesta de basar las regulaciones normativas en principios enraizados en el plano de las relaciones sociales, las cuales se vuelven incomprensibles si no es ante la vigencia de los enunciados de responsabilidad y de solidaridad. Parece oportuno resaltar aquí el hecho de que, a pesar de que el lenguaje actual ha separado en cierta medida el sentido de ambos enunciados, podríamos advertir que sus campos semánticos están más unidos, incluso confundidos, de lo que a primera vista parece. Lo explicaremos brevemente.

³³ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Madrid, Akal, 1998, p. 254.

³⁴ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general...*, *Op. Cit.*, §11.3; BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, *Op. Cit.*, pp. 43 y s; PÉREZ DEL VALLE, en cambio, realiza una fundamentación de la legítima defensa centrada en el *principio de solidaridad*, en tanto que lo relevante en el conflicto es lo que se soporta como afirmación de tal principio, PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *Lecciones de Derecho penal-Parte General*, en prensa, §5.1b.

Los enunciados de responsabilidad pueden ser *prospectivos* o *retrospectivos*. Si decimos que un sujeto es responsable de procurar que se dé (o que no se dé) un estado de cosas futuro, estaremos ante un modo de *responsabilidad prospectivo* que podría sustituirse por la expresión de que “*alguien tiene una obligación o un deber*”. Las posiciones de garantía en derecho penal, que desarrollaremos en el siguiente capítulo, tienen esta estructura, en la medida en que el sujeto del que se predicen es responsable de ciertas eventualidades que puedan recaer sobre el foco de riesgo del que es garante (el padre es garante de su bebé en la medida en que es responsable de que no sufra daños evitables). Por otro lado, la *responsabilidad retrospectiva* hace referencia a la relación que tiene un determinado sujeto con un suceso pasado, y permite la imputación del resultado a su comportamiento³⁵. En los *enunciados de responsabilidad prospectivos*, los que se identifican con las posiciones de garantía, el fundamento de la misma obligación no es tanto una relación causal de responsabilidad entre el sujeto y un resultado lesivo, sino un vínculo de solidaridad. Las posiciones de garantía, especialmente las que no se derivan de injerencia, son expresiones de una mayor intensidad en la conexión entre esferas jurídicas que, por otro lado, se traduce en un mayor deber de solidaridad entre ellas. Así sucede, por ejemplo, con las relaciones paterno-filiales, en las que las esferas están interconectadas hasta tal punto que la responsabilidad del padre nace de la mano de su especial deber de solidaridad respecto al hijo, lo cual le impone una serie de obligaciones cualitativamente distintas a las que se predicen del resto de esferas próximas. Lo relevante, llegados hasta este punto, es advertir la inter-conexión entre los enunciados de responsabilidad, especialmente los prospectivos, y los de solidaridad, de modo que ésta breve introducción a los dos conceptos puede servir de explicación al porqué tanto BALDÓ como JAKOBS construyen su fundamentación de las causas de justificación a partir del complemento de ambos principios.

En suma, la idea central es la siguiente: para JAKOBS, en los conflictos de justificación en los que existen agresor y agredido, la lógica es que a mayor responsabilidad del primero, menor deber de solidaridad recae sobre el segundo³⁶. Además, la medida de la responsabilidad la establece la culpabilidad, elemento central de su teoría del delito. En el conflicto que plantean las causas de justificación, se abren tres posibilidades: 1. Si el agresor es plenamente responsable, esto es, culpable, del curso causal dañoso, el único límite vigente es el de la *solidaridad mínima general* (§323 StGB); 2. Quien es responsable del curso causal

³⁵ vid. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *El enunciado de responsabilidad*, en *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 19, 1996, pp. 260 y s.

³⁶ vid. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, *Op. Cit.*, §11.3 y ss.

pero no culpable, sólo debe soportar los costes derivados de su propia organización, que podríamos considerar un deber de solidaridad intersubjetiva general; 3. El no participante en el curso causal lesivo soporta un deber de solidaridad sólo a partir de que el interés del responsable prepondere esencialmente. Como veremos, la proporcionalidad de la que habla JAKOBS es una expresión algo confusa³⁷, puesto que lo propio de la legítima defensa es la desproporción, también desde su planteamiento. Lo que sostiene es, más bien, una proporcionalidad inversa entre la responsabilidad y el deber de solidaridad como modo de resolver los conflictos de justificación. A partir de esta perspectiva general, posteriormente admitirá posibles correcciones derivadas de las posiciones de garantía, de responsabilidades institucionales y de las diferentes posibilidades en el plano subjetivo tanto del agresor como del agredido, todo lo cual analizaremos en el siguiente capítulo.

Por su parte, BALDÓ lleva a cabo un desarrollo similar aunque matizado en ciertos aspectos. La lógica general la resume el propio autor de la siguiente manera: “*En el ámbito de las causas de justificación derivadas de situaciones de necesidad individuales, la idea rectora de solidaridad intersubjetiva despliega sus efectos sobre el principio de responsabilidad por el propio comportamiento originador de riesgos para terceros*”³⁸. La solidaridad opera en un segundo momento y, en cierto sentido y como desarrollaremos en el siguiente capítulo, la solidaridad tiene para Baldó la función de establecer restricciones a la acción de salvaguarda. El desarrollo de la relación entre la responsabilidad es prácticamente idéntico al de JAKOBS, excepto en la cuasi total identificación que hace éste de los conceptos de responsabilidad y de culpabilidad, que no está tan presente en BALDÓ. En resumen, a mayor responsabilidad del sujeto al que se le imputa el riesgo, menor será la solidaridad exigida en la acción de salvaguarda.

Dentro de las situaciones posibles que se dan en el universo de las causas de justificación, la legítima defensa suele tomar la siguiente forma: quien se defiende lo hace respecto de una agresión que es plenamente imputable a un tercero, el cual debe soportar los costes de su propia organización. En los conflictos de defensa propia, en la medida en que la agresión antijurídica que la origina es un abuso de la propia libertad de organización de máximo rango, al agresor se le impone la máxima responsabilidad y, por tanto, el deber de tolerancia más intenso. Y si en el lado del agresor se predica su plena responsabilidad y un fuerte deber de tolerancia, del lado de agredido opera únicamente el *deber de solidaridad mínima*, y lo hace como límite,

³⁷ *Ibid.*, §11.3a.

³⁸ BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa, Op. Cit.*, p. 65.

traduciéndose en una serie de requisitos que hacen que su defensa sea, dentro de las opciones viables, la que menos costes sociales e individuales conlleve. La agresión antijurídica es, por tanto, un comportamiento humano que origina peligros para una esfera organizativa ajena³⁹ a partir del incumplimiento del mandato normativo básico de *neminem laede*, esto es, del deber negativo de “no dañar otras esferas”⁴⁰. También se ha fundamentado la existencia de agresión en el incumplimiento de mandatos penales positivos y, por tanto, constitutivos de un delito de omisión, lo cual se desarrollará en el siguiente capítulo. Encontramos también otro requisito fundamental de la legítima defensa, la falta de provocación por parte del defendido (art. 20.4º.3º CP), como expresión concreta del principio de responsabilidad por el conflicto. Así se expresa el Tribunal Supremo en la STS 9-3-1996 (Ponente J. A. MARTÍN PALLÍN), en su *fundamento jurídico nº 3*, al afirmar que si la agresión ilegítima viene precedida por un comportamiento provocador del que el defendido es plenamente responsable, la protección de la legítima defensa decae en la medida en que ambos se han situado fuera del ordenamiento jurídico y su protección⁴¹.

Hasta aquí hemos visto, dentro del panorama general de las causas de justificación y la legítima defensa en concreto, como se fundamentan filosóficamente y, en un segundo momento, como operan los principios de solidaridad y responsabilidad en la resolución de los problemas que plantea. La conclusión, llegados a este punto, es que tanto el principio de solidaridad como el de responsabilidad fundamentan y rigen la configuración adecuada de la legítima defensa. Como veremos detalladamente, la responsabilidad normativamente evaluada del agresor no es el baremo definitivo para la configuración del derecho a la legítima defensa. Para que quien se defiende lo haga dentro de los límites jurídicamente establecidos no basta con que la intromisión en su esfera propia sea imputable a un tercero, sino que el principio de solidaridad impone una serie de límites y condiciones por los que encauzar la defensa de modo que se respete la dignidad del agresor. Si el agresor, al dirigirse

³⁹ BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Op. Cit., pp. 264 y s.

⁴⁰ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Op. Cit, p. 257.

⁴¹ Reproducimos aquí el argumento: “Una constante y uniforme jurisprudencia de esta Sala viene manifestando que las situaciones de riña mutuamente aceptada provocan un clima en el que ambos contendientes se sitúan al margen de la protección legal al ser protagonistas mutuos de un enfrentamiento que va incrementando la violencia inicial y desencadena sucesivos lances, de tal manera que, si ninguno de los contendientes se aparta voluntariamente de ellos, carece de legitimación para esgrimir la defensa legítima. (...) Es el acusado el que inicia la cadena de insultos y el que provoca la situación de enfrentamiento, que pudiendo estar justificada si se hubiese acudido a la vía del reproche civilizado, carece de justificación cuando se utiliza un lenguaje grosero que es correspondido por el antagonista. En esta situación ninguno de ellos podía invocar ya la protección del ordenamiento jurídico que reserva sus efectos exculpatorios para los supuestos en que la persona que se defiende no ha provocado la situación con su comportamiento anterior” STS 9 de marzo de 1996 (Ponente: J. A. MARTÍN PALLÍN)

contra el sujeto que se defiende, niega tanto la validez de las normas como su propia vinculación con ellas, esto es, niega su carácter de persona jurídica⁴², el derecho trata de compensar dicha *huída* del derecho imponiendo nuevos vínculos a ambas partes. Lleva a cabo, de algún modo, una restauración de la juridicidad de la relación entre víctima y agresor: impone un deber de responder por sus actos al agresor, al tiempo que condiciona la defensa del agredido a una serie de límites provenientes del principio de solidaridad cuya finalidad es reponer el núcleo esencial de la persona jurídica del agresor. Este es el sentido por el que tanto la responsabilidad y la solidaridad fundamentan y ordenan los conflictos que originan una legítima defensa, de modo que, en definitiva, se trata de resolverlos jurídicamente respetando las exigencias de la autonomía individual en armonía con los límites de la sociabilidad.

⁴² *vid.* PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, *Op. Cit.*, pp. 258 y s.

CAPÍTULO II: DEBERES DE SOLIDARIDAD Y LOS LÍMITES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

2.1. Introducción a los deberes de solidaridad en Derecho penal

A. El principio de solidaridad en el modelo de Estado contemporáneo

En el primer capítulo hemos desarrollado brevemente el significado y la función que tiene el principio de solidaridad en las relaciones sociales de un Estado moderno. Según la desarrollada conceptualización de la sociedad como un agregado de esferas de organización autónomas pero inter-conectadas, la solidaridad sirve de contrapeso a la autonomía. Los Estados presentarán un modelo de relaciones sociales u otro en función de la configuración relativa que se haga de los principios de autonomía y los de solidaridad. Un Estado que quiera preservar al máximo la libertad de cada individuo de gestionar y preservar los bienes y derechos de su propia esfera y nada más, tenderá a minimizar la intensidad de la solidaridad y de los deberes interpersonales. Por el contrario, un Estado cuya preocupación se focalice más en lo colectivo que en lo individual, de modo que se primen los vínculos inter-personales por encima de las esferas mismas, tenderá a imponer deberes de solidaridad más intensos. Si bien es cierto que la solidaridad, con denominativos distintos como el de fraternidad (*philía*⁴³), ha ocupado un importante lugar en las obras de filosofía política desde la antigua Grecia, nos interesa reflejar que con el tránsito del *Estado liberal clásico* al *Estado social y democrático contemporáneo* la solidaridad ha pasado de ser una cuestión relativa a la moral a integrarse progresivamente en el conjunto de deberes jurídicamente reconocidos⁴⁴.

Si en el plano jurídico-penal es cierto que la solidaridad ha crecido en importancia a lo largo del siglo XX, no creemos que ello tenga como origen una mayor

⁴³ En ARISTÓTELES, la *Philía*, traducida en ocasiones por amistad, se refiere a toda clase de inclinación, relación o asociación entre humanos, siendo semánticamente muy cercana a lo que entendemos filosóficamente por fraternidad y solidaridad. Lo que nos interesa es destacar la relevancia que tenía, ya en un autor del s. IV a.C., el fortalecimiento de los vínculos interpersonales como mejor modo de conseguir relaciones sociales justas: “*Parece que la amistad (Philía) mantiene unidos a los Estados y que los legisladores se afanan más por ésta que por la justicia: en efecto, parece que la concordia tiene una cierta semejanza con la amistad y que aquéllos aspiran más a ésta y tratan de expulsar la disensión por ser el peor enemigo. Además cuanto los hombres son amigos no necesitan de la justicia, mientras que, aun siendo justos, necesitan de la amistad: es más, parece que el carácter más amistoso es propio de los hombres justos*” ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Alianza, Madrid, 2ª reimp., 2003, p. 235.

⁴⁴ Sobre la evolución del reconocimiento de la importancia de la solidaridad en la sociedad moderna, vid. VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Derecho penal y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 105 y ss.

preocupación por la solidaridad en el plano social, como en ocasiones se argumenta. Parece que el razonamiento es más bien el contrario. Si el Estado liberal moderno primó legislativamente la libertad por encima de la solidaridad fue, en parte, porque socialmente existían todavía los mecanismos de vinculación social a un nivel asociativo gremial, religioso, geográfico, etc. No se legislaba en favor de la solidaridad porque de facto ya existía entre los individuos. En cambio, cuando el individualismo propio del Estado liberal comenzó su expansión cultural, especialmente en el siglo XX, comenzó a advertirse la necesidad de reforzar jurídicamente los vínculos inter-personales como modo de contrarrestar la creciente atomización de la sociedad. Así, el Estado ha asumido el papel de la vinculación inter-personal a través de instituciones y leyes que dos siglos atrás pertenecía a asociaciones no estatales de diversa índole⁴⁵.

B. El principio de solidaridad en el Derecho penal

Los deberes de solidaridad, por tanto, se han integrado como una obligación jurídica más, de importancia cambiante en función de cada ordenamiento, dentro del sinalagma formado por los derechos y deberes que configuran el estatuto jurídico de toda persona. Esta doble faceta del ciudadano en el Estado liberal moderno se plasma en mandatos de distinta índole: *mandatos negativos (neminem laedere)*, que prohíben la perturbación de esferas de organización ajenas protegiendo los derechos y la libertad personales, teniendo como fundamento la responsabilidad; mientras que la solidaridad se expresa de dos formas, mediante *deberes positivos* de cuidado y de socorro de esferas ajenas⁴⁶ (solidaridad activa) y mediante *deberes de sacrificio* (solidaridad pasiva)⁴⁷. Sin perder de vista que la fundamentación de la legítima defensa es dual, esto es, que en ella inciden los principios de responsabilidad y solidaridad, el presente capítulo trata de desarrollarlos desde el prisma de este último principio, especialmente en cuanto vinculado a las posiciones de garante.

La solidaridad, como principio social genérico, está presente en el fundamento de la mayor parte de los deberes jurídicos, en la medida en que en el fondo mismo de todo deber existe una motivación ética y, por tanto, cercana al campo de la

⁴⁵ Sobre la evolución de la solidaridad en relación al Estado en el último siglo, *vid.* LIPOVETSKY, GILLES, *El crepúsculo del deber*, Barcelona, Anagrama, 2005, pp. 140 y ss.

⁴⁶ *vid.* PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, *Op. Cit.*, pp. 218 y s.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los art. 195.3 y 195 del Código Penal” en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Manuales de formación continuada 4. CGPJ, Madrid, 1999, p. 157.

solidaridad⁴⁸. En el campo del Derecho Penal todavía es un ámbito pendiente de explorar y sistematizar⁴⁹, pero en sentido estricto, dentro del conjunto de obligaciones relacionadas con lo que entendemos por solidaridad, sólo están jurídicamente reconocidas como tal las correspondientes a estados de necesidad extraordinarios. La poca presencia penal de dichos deberes se debe a que en tanto que el reproche penal es el más grave que puede recaer sobre un sujeto, el deber infringido que tenga como fundamento ha de ser de especial entidad. En síntesis, la regulación jurídico-penal vinculada al principio de solidaridad se resume en los delitos de omisión de socorro, que son perfectamente definibles como infracciones de deberes de solidaridad⁵⁰, y de manera relevante en las causas de justificación relativas a estados de necesidad, en los que alguien tiene que soportar un gravamen sin que haya intervenido responsablemente en el conflicto⁵¹.

En ese sentido, el desarrollo de los deberes de solidaridad y su incidencia en las causas de justificación se servirá, en el presente trabajo, de parte de la doctrina existente para los delitos relativos a las omisiones, pues es el ámbito en el que se ha producido mayor elaboración sistemática de los mismos. De hecho, las clasificaciones comunes de las distintas intensidades de los deberes de solidaridad se dan a la luz de lo exigible para los delitos de omisión. Tenemos, por tanto, el siguiente esquema: 1. *Deber de solidaridad mínima*: expresado en los artículos relativos a la omisión del deber de socorro (195 CP y 323 c StGB⁵²), en el que el afectado dicho deber debe sacrificar su interés sólo en la medida en que lo pueda hacer sin riesgo propio; 2. *Deberes de solidaridad reforzados por posiciones de especial responsabilidad o de garantía*, como prueban los preceptos 195.3 CP y el 196 CP, en los que, como consecuencia de un vínculo especial entre los intervinientes en el conflicto, el afectado tiene una serie de obligaciones reforzadas respecto a los bienes y vida de otro individuo.

⁴⁸ HEGEL destaca la estrecha relación entre el universo de derechos y deberes con la ética: “*En esta identidad de la voluntad universal y particular coinciden por lo tanto el ‘deber’ y ‘el derecho’; por medio de lo ético el hombre tiene derechos en la medida en que tiene deberes y deberes en la medida en que tiene derechos. En el derecho abstracto yo tengo un derecho y otro el deber correspondiente; en lo moral el derecho de mi propio saber y querer, así como el de mi bienestar, sólo ‘debe’ ser objetivo e idéntico con los deberes*” HEGEL, G. W. FRIEDRICH, *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona, Edhasa, 1999, §155.

⁴⁹ En el mismo sentido VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Derecho penal y solidaridad*, Op. Cit., p 21; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los art. 195.3 y 195 del Código Penal*, Op. Cit., p. 159.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 340 y s.

⁵¹ BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Op. Cit., pp. 35 y s.

⁵² El artículo 323 del StGB hace referencia al delito de omisión en el Código Penal alemán, a partir del cual se funda el deber de solidaridad general intersubjetiva, y que tiene su equivalente en el artículo 195 de Código Penal español.

Si bien es cierto que los límites a la legítima defensa no se han desarrollado como deberes de solidaridad, la doctrina sí se ha ocupado de los mismos por medio de cierto desarrollo sistemático de lo que se ha llamado *restricciones ético-sociales a la legítima defensa*, las cuales encuentran su apoyo en el componente supra-individual de dicha causa de justificación⁵³. Lejos de existir unanimidad acerca del contenido y alcance de dichas restricciones, el concepto se ha convertido en un cajón de sastre en el que cada autor ha insertado las limitaciones que, en función de criterios diversos, han impuesto al derecho a la legítima defensa. Así, para ROXIN, uno de los autores que más ha incidido en ellas, las restricciones ético-sociales se agrupan en cuatro categorías: limitaciones por el grado de culpabilidad del autor, por la responsabilidad del defendido mediante provocación al agresor, por irrelevancia en la agresión y por darse ésta entre personas con relación de garantía recíproca⁵⁴. A continuación trataremos de dar una mayor sistematización a estas restricciones, así como de dotarles de una fundamentación a través de los principios, de modo que las limitaciones a la legítima defensa no sólo sean una cuestión inmanente⁵⁵ al propio derecho a la defensa, sino que encuentre cierto raigambre en principios ya juridificados como son la responsabilidad y la solidaridad.

2.2. El deber de solidaridad mínima como límite a la legítima defensa

En el anterior capítulo hemos aludido a la lógica del proyecto sistematizador de las causas de justificación a través de los principios de responsabilidad y solidaridad, con especial atención a las aportaciones de JAKOBS y BALDÓ. Concluíamos que la idea rectora es que a mayor responsabilidad del agresor, mayor es el deber de tolerancia que se le impone y, por tanto, menor es el deber de solidaridad que le ampara. La legítima defensa adopta normalmente la siguiente estructura: un agresor plenamente responsable que debe tolerar la defensa del agredido, estando éste limitado sólo por la solidaridad mínima intersubjetiva. Pero la constelación de casos de legítima defensa va más allá de este supuesto, de modo que en ocasiones las agresiones que motivan una defensa provienen de sujetos sin capacidad de culpabilidad, o con responsabilidad mitigada. De este modo, el contenido de la solidaridad mínima será dinámico, además de abarcar limitaciones de distinta naturaleza. Vayamos por tanto al análisis de las posibilidades más comunes.

⁵³ *vid.*, IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, *Op. Cit.*, pp. 28 y ss.

⁵⁴ *vid.* ROXIN, CLAUS, *AntiquiridicITÀ e cause di giustificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, pp. 227 y ss.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 254.

A. Solidaridad mínima en función de la responsabilidad/culpabilidad del agresor

En este punto las posibilidades son ciertas pero las consecuencias que los diferentes autores proponen son muy diversas. A continuación trataremos, en primer lugar, el supuesto con mayor incidencia práctica, para proceder a ulteriores modificaciones en el supuesto.

1. Agresor con dolo y culpa y, por tanto, plenamente responsable por el conflicto.

Esta estructura, la más típica de las situaciones defensivas, se corresponde con un individuo que dirige una agresión culpable y con dolo de lesionar una esfera jurídica ajena. En ella se plantea el conflicto jurídico más candente en el ámbito de la legítima defensa: cómo fundamentar un límite jurídico a la defensa cuando lo cierto es que el propio agresor pone en cuestión la vigencia del derecho objetivo mediante la lesión de la esfera jurídica del defendido. Como sostiene MIR PUIG: “Agresor y agredido no se hallan en una posición igualmente válida para el orden jurídico. Mientras que el agresor niega el Derecho, el defensor lo afirma”⁵⁶. Ante la gravedad de una conducta que niega la vigencia del vínculo inter-subjetivo y que, en cierto modo, trata de imponer la arbitrariedad en las relaciones sociales, las normas permisivas se ven interpeladas en dos direcciones opuestas: la protección del bien jurídico atacado, por un lado, frente a la no instrumentalización del agresor. Por mucho que sea plenamente responsable por el conflicto, el ordenamiento ha de tratar de no ver en el agresor un *mero medio*, en palabras de KANT⁵⁷, para la protección de bienes individuales o, según la teoría del doble fundamento, para la prevención general disminuida propia de la legítima defensa⁵⁸. Esa es la razón fundamental para el establecimiento de límites. Esta diferencia en la posición motivacional respecto al derecho en el seno del conflicto justifica la posibilidad de emplear medios desproporcionados en la defensa, siempre que éstos sean *racionalmente necesarios* (requisito *segundo*, del 20.4º CP). La solidaridad mínima que se sostiene en estos casos permite, pese a ello, la no despersonalización del agresor, pues ni siquiera en el momento en que el sujeto muestra su mayor

⁵⁶ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general, Op. Cit.*, §16.39.

⁵⁷ “El hombre no es una cosa y, por lo tanto, no es algo que pueda ser utilizado simplemente como medio, sino que siempre ha de ser considerado en todas sus acciones como fin en sí. Así pues, yo no puedo disponer del hombre en mi persona para mutilarle, estropearle o matarle” KANT, I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid, Madrid, 2008, p. 116; sobre la evitación de la instrumentalización, *vid.* PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista, Op. Cit.*, pp. 346 y ss.

⁵⁸ Sobre la función preventivo general de la legítima defensa, *vid.* LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 64 y ss.

desprecio por el orden jurídico (en la agresión a un tercero) pierda su condición de persona jurídica.

Ahora bien, la cuestión de si existen o no límites añadidos, además de la necesidad del medio empleado, que protejan al agresor plenamente responsable de medios especialmente lesivos de su integridad es un asunto ampliamente debatido y de gran vigencia. Nos referimos a casos en que, por ejemplo, el medio idóneo y necesario para defenderse de una ataque antijurídico es la utilización de instrumentos lesivos identificados con el tipo penal de tortura, donde entran en juego consideraciones morales y filosóficas de gran calado que pueden modificar la estructura de los principios y los fundamentos en juego en los conflictos defensivos. Para estos casos, y para concluir con el supuesto del agresor plenamente responsable, parece adecuado atender al siguiente criterio que recoge *Jakobs*, por el que el alcance de la solidaridad mínima “no depende sólo de si el agresor se sitúa por sí mismo en la situación de conflicto, sino también en qué medida lo hace”⁵⁹. Es decir, parece que en el caso concreto es posible un desarrollo mayor que el del simple requisito de plena culpabilidad y responsabilidad por el conflicto, de modo que la introducción de criterios de distinción de culpabilidades y de organizaciones más lesivas que otras, puedan también orientar una diferenciación en la solidaridad mínima exigida.

Por ejemplo: el terrorista cuya organización vital se corresponde casi plenamente con un propósito gravemente lesivo para bienes jurídicos ajenos, e incluso para la propia estructura institucional del Estado, se coloca a sí mismo frente al conflicto defensivo y frente al derecho de un modo distinto al agresor pasional que, ante un ataque de cólera, se propone lesionar un bien jurídico concreto. Opera aquí con toda su fuerza el principio de responsabilidad, y parece que también conviene distinguir grados con tal de facilitar una acción defensiva adecuada al tipo de agresión y lo que ella supone. No podemos desarrollar más aquí esta cuestión, si bien éste es un aspecto de la responsabilidad que merece una mayor atención dogmática en relación, por ejemplo, a casos de legítima defensa frente a delitos de terrorismo o especialmente graves.

2. Agresor imprudente y culpable. Cuando la agresión se ha realizado de un modo imprudente resultan de gran relevancia los matices en cuanto al grado de imprudencia y al deber de cuidado que se está infringiendo. JAKOBS se limita a sostener que la agresión imprudente culpable (como la dolosa), excluye la aplicación de las reglas del estado de necesidad agresivo, por lo que se situará entre el estado de necesidad defensivo y las de la legítima defensa. En la medida en que lo relevante para JAKOBS es la culpabilidad⁶⁰, la distinción entre el dolo y la imprudencia impondrá diferencia de grados, pero no un salto cualitativo. En esta línea se sitúa *Palermo*, para quien tanto la agresión dolosa como la imprudente posibilitan una reacción en legítima defensa, puesto que en ambas el autor es

⁵⁹ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, §12.18.

⁶⁰ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, §12.17.

enteramente responsable del peligro que amenaza al agredido⁶¹. En este caso la diferencia estriba en que la solidaridad mínima que protege al imprudente es mayor a la del autor doloso, aunque se discute si ha de moverse dentro del marco de desproporcionalidad propia de la defensa. Una parte significativa de la doctrina, especialmente en España, opina que las agresiones imprudentes sólo permiten una reacción en estado de necesidad defensivo, rechazando la posibilidad de la reacción desproporcionada. La distinción parte de que una agresión dolosa supone una negación de la libertad ajena de gravedad sustancialmente mayor a la del actuar imprudente, y dicha diferencia justifica que para la primera se permita una reacción desproporcionada y para la segunda se introduzcan elementos de moderación propios del estado de necesidad defensivo⁶².

La diferencia fundamental entre la legítima defensa y el estado de necesidad es que la primera puede ser desproporcionada porque lo esencial es la necesidad de la acción defensiva, mientras que para que un sujeto pueda lesionar bienes ajenos en estado de necesidad ha de someterse a una versión estricta del principio de proporcionalidad, puesto que el mal evitado ha de ser mayor al infringido por el propio necesitado. Conforme la agresión responde a conductas con menor nivel de responsabilidad, la reacción defensiva permitida va conectándose en mayor medida al principio de proporcionalidad, de modo que en ocasiones se opta, como iremos viendo a lo largo de este capítulo, por someter el conflicto defensivo a las reglas propias del estado de necesidad.

Por nuestra parte, entendemos que, ante un ataque imprudente habrá dos posibilidades: *a.* si la norma infringida protege la vida o la integridad física y la conducta se acerca al dolo eventual, podría justificarse, *ex post*, una reacción en *legítima defensa defensiva* o *de resistencia (Schutzwehr)*, esto es, un ataque defensivo dentro del propio ámbito de organización; *b.* por otro lado, si la imprudencia no se concreta en una responsabilidad de especial entidad, o la certeza de lesionar bienes jurídicos es remota y éstos no son ni la vida ni la integridad física, parece que lo adecuado sería un *estado de necesidad defensivo*. En todo caso, lo que opera en todo supuesto de agresión imprudente es una mayor exigencia de solidaridad mínima con el agresor, especialmente en una fase post-defensiva (léase hacer lo posible por atender las lesiones causadas en la defensa), puesto que el riesgo de reviviscencia en la agresión parece mayor en el autor doloso, motivado

⁶¹ *vid.* PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, *Op. Cit.*, p. 289; de la misma opinión, MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, *Op. Cit.*, §16.49.

⁶² “Una agresión imprudente no posee el significado de máxima expresión negativa de una libertad organizativa directamente encaminada a negar la libertad organizativa ajena igualmente legítima, por lo que no puede quedar vinculada al principio de responsabilidad en el mismo grado que las agresiones dolosas” BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, *Op. Cit.*, p. 282; exhaustivamente en este punto, LUZÓN PEÑA vincula la exclusión de la agresiones imprudentes, entre otras razones, porque para ellas la legítima defensa no tiene función intimidatoria alguna, de modo que ante ella la responsabilidad por agresiones imprudentes da lugar a una reacción menos drástica y, por tanto, a un estado de necesidad defensivo, *vid.* LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Aspectos esenciales de la legítima defensa...* *Op. Cit.*, pp. 178 y ss.

precisamente por ese fin, que en el imprudente, cuya causación del peligro se explica más por un error cognitivo que por una voluntad de dañar⁶³.

3. Agresor imprudente o doloso no culpable. En torno a los ataques provenientes de sujetos sin capacidad de culpabilidad, es decir, niños, ebrios o enajenados, existe un amplio acuerdo en excluirlos de las agresiones ilegítimas que justifican una reacción en legítima defensa. La falta de culpabilidad del agresor suprime su responsabilidad por el conflicto que caracteriza a la legítima defensa, si bien, en cambio, el peligro para los bienes jurídicos puede ser muy real. La solución aquí es llevar estos casos a las reglas del estado de necesidad defensivo⁶⁴, al tiempo que el problema del error sobre la culpabilidad del agresor se resuelve mediante las reglas de la inevitabilidad subjetiva⁶⁵. No podemos llevar más lejos la discusión, que por otra parte es muy compleja debido a las variantes que introduce el concepto que se sostenga de antijuridicidad⁶⁶.

4. "Agresor" fortuito, sin dolo ni imprudencia ni culpabilidad. Este supuesto podría excluirse del abanico de casos abarcados por la legítima defensa, puesto que propiamente no se puede hablar de agresión sino de intervención lesiva. En este caso quien "ataca" lo hace sin dolo e imprudencia, esto es, inevitablemente y, por tanto, sin responsabilidad jurídica por el conflicto. En este caso, la víctima de la intervención debe defenderse mediante las reglas del *estado de necesidad agresivo*, pudiendo defender su interés mientras prepondere sobre el mal causado al "interviniente"(o según terminología de JAKOBS, el "causante externamente"⁶⁷). Este supuesto tiene muy poca relevancia práctica en el ámbito de la legítima defensa, por lo que no podemos extendernos más en este punto.

También cabe resaltar, a modo explicativo, la diferencia según aquí se emplea entre el *estado de necesidad defensivo* y el *agresivo*. En el primero, el estado de necesidad defensivo, el peligro para el bien jurídico que está en juogo proviene de la esfera de organización de quien ha de sufrir la intervención, por lo que dicha causa de justificación permite intervenir en sus bienes destruyendo más de lo que salva, siempre que sea necesario en un marco general de proporcionalidad. En el segundo, el estado de necesidad agresivo, el sujeto que sufre la intervención nada tiene que ver en el conflicto, por lo que sólo debe sacrificar sus bienes en la medida en que lo que se salva *prepondere esencialmente* sobre lo que se sacrifica. Por ello, el estado de necesidad defensivo se acerca más a la legítima defensa y sus reglas que el agresivo.

⁶³ vid. PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Op. Cit., p. 288; sobre el deber de solidaridad post-defensivo, esto es, respecto al agresor desamparado y las reglas de medición del riesgo, BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Op. Cit., p. 328.

⁶⁴ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §12.18.

⁶⁵ vid. PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Op. Cit., pp. 301 y s.

⁶⁶ Para más detalles sobre la discusión y cómo afecta la no culpabilidad del agresor en la caracterización del conflicto como de estado de necesidad o legítima defensa, vid. IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Op. Cit., pp. 86 y ss.

⁶⁷ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §12.18.

B. Otras exigencias de la solidaridad mínima

1. Las agresiones irrelevantes. Sobre este punto nos extenderemos muy poco, en la medida en que la doctrina parece dirigirse en una dirección unánime y la explicación a la solución es relativamente sencilla. La justificación de la exclusión de la legítima defensa para agresiones de poca entidad la encontramos en que, en la medida en que el interés por el prevalecimiento del derecho es menor en estos casos⁶⁸, la desproporcionalidad propia de la reacción defensiva parece inadecuada⁶⁹, reservándose dicha causa de justificación para casos que amenazan un bien jurídico de manera relevante. El derecho no puede responder ante agresiones irrelevantes con la norma permisiva de mayor rango, la legítima defensa, precisamente porque ésta es una situación de excepción que no se corresponde con aquellas. Se aplicarían, por tanto, las reglas del *estado de necesidad defensivo*. Sí que es relevante para el propósito del trabajo entender el fundamento de dicha restricción. La exclusión de las agresiones irrelevantes no puede fundarse en ninguno de los intereses que normalmente se proclaman como fundamentados de la legítima defensa, pues el único fundamento válido parece ser el principio de solidaridad. El principio de interés preponderante, defendido por ROXIN y por el Tribunal Supremo español⁷⁰, por ejemplo, no da suficiente sustento a dicha restricción, puesto que, según las normas racionales que rigen dicho principio, el interés de quien se defiende de un hurto, por insignificante que sea, debe prevalecer por encima del interés del ladrón, aunque sólo sea por la diferente posición jurídica que ocupan frente al derecho. Tampoco el principio de responsabilidad impone este límite, puesto que quien acomete una agresión irrelevante es igual de responsable, en términos absolutos, que el que agrede de gravedad. La razón por la que se excluye la defensa de estas agresiones, es decir, por la que el ordenamiento no da permiso de defensa desproporcionada⁷¹ al agredido, es un deber estricto de solidaridad que obliga a tolerar una injerencia antijurídica en su propia esfera a la víctima. La solidaridad mínima introduce un nuevo interés, la preservación del agresor de una defensa desproporcionada, que prevalece sobre las indicaciones de responsabilidad por el conflicto.

⁶⁸ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del derecho*, Op. Cit., §15.71.

⁶⁹ ROXIN, C., *Antiquiridicità e cause di giustificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, pp. 271 y ss.

⁷⁰ *vid. Infra*, 1.2.b.

⁷¹ Aquí sí se podría admitir como fundamento de esta restricción el principio de proporcionalidad, en ese sentido, IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Op. Cit., pp. 95 y ss.

2. Las agresiones por provocación previa del defendido. Otra limitación de gran relevancia es la que se impone a la defensa de una agresión que ha ido precedida por una provocación por parte del defendido. En la regulación legal se impone como requisito de la legítima defensa la falta de provocación (20.4.3º CP), si bien no tiene el carácter de fundamental, por lo que su inexistencia aún permitiría la eximente incompleta. En este grupo de casos funciona una lógica similar a la de la injerencia, puesto que es el propio sujeto el que se ha introducido en una esfera jurídica ajena de modo ilegítimo, de manera que los riesgos que ello suponga deberán serle imputados en la medida de su intromisión. Ésta ha sido la tesis defendida, sobre todo, por MARXEN, criticada por otros autores que rechazan la posibilidad de realizar un paralelismo entre el *actuar precedente peligroso* y la provocación del defendido⁷². Sin entrar en la discusión, lo que es evidente es que la limitación por provocación previa tiene su anclaje en el principio de responsabilidad por el propio comportamiento, en la medida en que modifica la estructura típica de responsabilidades de la legítima defensa. Aquí el agresor antijurídico no es enteramente responsable por el conflicto, sino que comparte la creación del riesgo con el defendido, quien ha de responder en la solución del conflicto en la medida que corresponda a la relevancia e intensidad de su provocación⁷³.

La fórmula de la repartición dependerá también de la relación entre el grado de provocación y la magnitud en la respuesta a la misma por el agresor. Es decir, a mayor desproporción entre la provocación y la agresión mayor será la responsabilidad del agresor y menor el deber de solidaridad mínima del agredido, y viceversa. Si en el apartado anterior hemos visto cómo la responsabilidad del agresor, en sus variantes, modificaba el deber de solidaridad mínima del agredido, en este caso vemos el supuesto opuesto: el defendido tiene un deber de solidaridad mínima reforzado en la medida en que ha participado en la creación del conflicto. La provocación lleva el conflicto a las reglas del *estado de necesidad defensivo*, de modo que se exige una defensa proporcionada no sólo a la agresión, sino también al grado de responsabilidad que introduce la provocación. La capacidad de la provocación para alterar en un sentido u otro la estructura de la legítima defensa, y con ella la responsabilidad y la solidaridad mínima, viene condicionada por el tipo subjetivo de la misma. Sin que podamos entrar en suficiente detalle, en síntesis: el provocador intencional o doloso tiene una solidaridad mínima casi equivalente a un deber de garantía, puesto que la dogmática de la injerencia así lo indica; mientras

⁷² ROXIN, CLAUDIUS, *Antiquiridicità e cause di giustificazione*, Op. Cit., pp. 269 y ss; IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa* Op. Cit., pp. 462 y s.

⁷³ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §12.49.

que el provocador imprudente tiene la solidaridad mínima general, en la medida en que su conducta no genera tanta responsabilidad y puede estar incluso cercana al *contacto social mínimo*⁷⁴.

Por ejemplo: el sujeto que, con el objetivo de provocar una reyerta con el dueño de un bar, rompe varias botellas intencionadamente y, a causa de la provocación, sufre una agresión grave por parte de éste, tiene un deber de solidaridad reforzada en su acción defensiva en la medida en que ha participado en la creación del conflicto; en cambio, el borracho que insulta al dueño del bar porque no le sirve una última copa, en caso de que éste reaccione agresivamente, no tiene un deber específico de tolerancia de la agresión, puesto que su nivel de participación en el conflicto es tan bajo que se acerca al concepto de *contacto social mínimo*.

2.3. Los deberes de solidaridad reforzados y las posiciones de garantía: su afectación a la legítima defensa

A. Introducción a los deberes de solidaridad reforzados

Hemos visto con anterioridad que el marco jurídico-penal del principio de solidaridad está compuesto por estratos diferenciados: en primer lugar, la *solidaridad mínima intersubjetiva*, que hemos desarrollado en sus aspectos principales en el primer apartado; y, en segundo, los *deberes de solidaridad reforzados*, campo todavía por explorar⁷⁵ y al que trataremos de aproximarnos a continuación. Si bien es cierto que en la dogmática de la omisión, en la que dichos deberes tienen mayor incidencia, existen ya algunas aportaciones relevantes en cuanto al análisis de las posiciones de garante y sus deberes específicos, su incidencia en la legítima defensa es una cuestión muy poco abordada doctrinalmente. A continuación trataremos de llevar a cabo un esbozo de cómo estructurar dichos deberes, al tiempo que intentaremos analizar de qué modo modifican la estructura de responsabilidades y limitaciones a la legítima defensa.

Antes de proceder a la sistematización más concreta de los deberes de solidaridad reforzados, conviene llevar a cabo una breve explicación de su fundamento como figuras jurídico-penales. Como hemos venido señalando, el principio de solidaridad es una expresión más de la comunidad como continuación de la naturaleza del

⁷⁴ Para una explicación detallada de las variantes subjetivas de la provocación y sus consecuencias, *vid.* IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, *Op. Cit.*, pp. 447 y ss.

⁷⁵ Silva-Sánchez ha resaltado, con ocasión del tratamiento de la dogmática de la omisión, la necesidad de ahondar en el desarrollo y la sistematización del campo de las omisiones de garante, es decir, de aquellas fundadas en infracciones de deberes de solidaridad especiales, de modo que se vaya implementando el espacio de responsabilidades de gravedad intermedia existente entre la omisión pura y la comisión por omisión, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los art. 195.3 y 195 del Código Penal”, *Op. Cit.*, pp. 158 y ss.

individuo. Si bien las esferas de organización son individuales y están relativamente separadas, la sociedad mantiene su vigencia y cohesión en la medida en que existen vínculos de unión entre las mismas, zonas en las que las esferas se superponen unas con otras y en los que los derechos y los deberes pierden, al menos parcialmente, su carácter puramente individual. La premisa filosófico-política de la que se parte es la siguiente: la sociedad, tomada en su conjunto, no es la única institución de la que forman parte los individuos, no consiste en una amalgama de sujetos aislados entre sí, sino que está compuesta también por 'sociedades de carácter intermedio' que permiten también el desarrollo de la personalidad y potencian las posibilidades de las propias esferas individuales. En la medida en que dichas instituciones inferiores son realidades necesarias tanto para la existencia de la sociedad como para el perfeccionamiento del individuo, el ordenamiento jurídico-penal prevé un mayor refuerzo de sus vínculos inter-subjetivos, de modo que en ciertos casos se exige una mayor responsabilidad por la organización lesiva o defectuosa⁷⁶, y en otros casos, una mayor intensidad en la solidaridad exigida entre sus miembros.

Dentro de esos vínculos de comunidad, los deberes de solidaridad reforzados son aquellos que se predicán de personas que comparten entre sí una relación institucional, es decir, un vínculo específico y más intenso al que se le atribuyen importantes consecuencias jurídico-penales. La idea parte de la distinción popularizada por *Jakobs* entre la competencia por organización y la competencia institucional, siendo ambas origen de la responsabilidad penal⁷⁷. Pues bien, la pertenencia a lo que se ha venido llamando *instituciones*, como son el matrimonio o la familia en sentido genérico, la administración pública, las relaciones profesionales (por ejemplo, el artículo 196 CP, que agrava la omisión de asistir a la víctima cuando la realiza el médico obligado), las organizaciones empresariales y demás, impone a sus miembros una serie de deberes especiales de cuidado relativamente independientes de su libertad de organización.

Cuando se predica de alguien un deber institucional de control de determinado riesgo no se dice que sea responsable del mismo porque su desencadenamiento

⁷⁶ El Código Penal español de 1995, por ejemplo, agrava las penas de determinados delitos cuando estos son cometidos entre personas con relaciones conyugales, familiares, etc., como sucede con las lesiones agravadas del artículo 153 CP.

⁷⁷ "El vínculo de solidaridad conforma, por el contrario, una estructura de imputación de responsabilidad. Expresado de otro modo, la vulneración de deberes de solidaridad es un título de imputación de responsabilidad penal. Más aún, es el único (y todavía bastante inexplorado) título de atribución de responsabilidad penal distinto de la organización de la propia esfera jurídica de libertad" SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los art. 195.3 y 195 del Código Penal", *Op. Cit.*, p. 158.

tenga origen en su esfera (competencia por organización), sino porque el especial vínculo que le une al foco de peligro es título suficiente de responsabilidad penal en caso de que omita su cumplimiento. Así, el padre que asiste impasible al ahogamiento de su hijo, sin cumplir su deber de salvamento, es tan responsable como el tercero que ahoga al hijo con sus propias manos. Esta es la lógica de la competencia institucional, que se traduce en *posiciones de garantía* (el padre es garante del hijo en la medida en que es responsable de la evitación del resultado lesivo que constituye el ahogamiento), o lo que es lo mismo, en deberes de solidaridad reforzados. Por otro lado, la competencia institucional no es el único origen de estos deberes, sino que también existen posiciones de garante de origen organizativo, como sucede en los casos de *injerencia*. Así sucede, por ejemplo, en la regulación del artículo 195.3 CP, en el que se prevé la modalidad agravada para la omisión del deber de socorro del tipo básico para quienes han llevado a cabo dicha infracción habiendo provocado ellos mismos el curso causal lesivo, ya sea fortuita o imprudentemente. En este caso, el garante no lo es por una relación institucional con la víctima, sino porque su organización defectuosa (o diligente pero lesiva en el caso de accidente fortuito) ha incidido lesivamente en una esfera ajena, convirtiéndose en garante de evitación del resultado⁷⁸.

La distinción entre *competencia por organización* y *competencia institucional* ha sido una importante aportación explicativa de la responsabilidad penal. Antes de continuar, conviene realizar alguna aclaración al respecto. La *competencia institucional*, como hemos dicho, se predica de una persona por su pertenencia a una institución que le impone una serie de deberes. Así sucede en la familia, el ejemplo más claro, pero también existe en la función pública, el cuerpo policial, etc. Su característica esencial es que impone deberes sin que la persona afectada haya participado en la creación del riesgo, por ello está conectada al principio de solidaridad. En cambio, la *competencia por organización* se predica de aquel sujeto que ha organizado su esfera de modo que ha generado un peligro o una lesión en un tercero, por lo que se le imponen una serie de deberes específicos convirtiéndose en garante de evitación de resultados lesivos ulteriores. En ocasiones se hace referencia a dicha competencia como la propia de la *injerencia* (uno es responsable porque se ha injerido en una esfera ajena ilícitamente) y se conecta con el principio de responsabilidad. El ejemplo más típico es el del atropello por parte del conductor de un tercero, momento a partir del cual se convierte en garante de evitación del resultado y tiene un deber reforzado respecto al que se predica del resto de personas que han presenciado el accidente, puesto que el peligro tiene su origen en su injerencia en la esfera de la víctima y es imputable a él (responsabilidad).

B. Estructura y tipos de posiciones de garantía

Para poder aproximarnos a la incidencia de los deberes de solidaridad y las posiciones de garantía en los límites de la legítima defensa, es necesario elaborar, aún en forma de bosquejo, una estructuración de dichos deberes y de los tipos de posición de garantía en que se traducen.

⁷⁸ Sobre el fundamento de este deber de solidaridad reforzado, con especial atención al caso fortuito, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los art. 195.3 y 195 del Código Penal”, *Op. Cit.*, pp. 160 y s.

B.1. Posiciones de garantía institucionales. Como hemos mencionado anteriormente, el fundamento más frecuente de las posiciones de garantía lo encontramos en los deberes derivados de la responsabilidad institucional. Lo relevante en este punto es que el obligado por un deber de solidaridad reforzado de este tipo nada tiene que ver con el origen del curso causal lesivo, como sucede en los casos de injerencia. En estos casos el vínculo especial obliga al garante a ejercer de barrera de contención de riesgos que provienen de esferas jurídicas ajenas o, en su caso, de la propia naturaleza. Esa es la razón por la que se vincula especialmente al principio de solidaridad.

- **B.1.a. Deberes especiales de amparo activo.** Las posiciones de garantía de origen institucional encuentran su fundamento en las exigencias del principio de solidaridad. La posición de garante de amparo activo, en su modalidad específica, impone a quien la ostenta un deber de contención de riesgos respecto de una esfera jurídica que, debido a un vínculo de naturaleza institucional, queda en mayor o menor medida bajo su protección. Se le impone, como vimos en el primer capítulo, un *enunciado de responsabilidad prospectivo*, que varía en función del grado de vulnerabilidad del sujeto garantizado: el recién nacido exige a los padres un deber de amparo activo mucho más intenso que el correspondiente, por ejemplo, al que ostentan recíprocamente el propio matrimonio. El grado de solidaridad reforzada y, por tanto, el contenido de la responsabilidad, es un concepto dinámico que depende de factores como el vínculo efectivo que une a garante y garantizado, la vulnerabilidad del sujeto amparado y, de manera relevante, el grado de libre compromiso adquirido por el garante. Este último aspecto, el grado de compromiso, es el aspecto de la responsabilidad institucional que más conexión muestra con el principio organizativo, puesto que el carácter de la responsabilidad también depende de qué es lo que el sujeto ha asumido voluntariamente⁷⁹. Decimos que la responsabilidad funciona aquí solo de un modo genérico porque el garante no lo es a causa de un comportamiento organizativo que se ha traducido en una injerencia, sino que lo es por razones institucionales⁸⁰, es decir, por formar parte de un vínculo al que el ordenamiento otorga una especial protección por razones ya apuntadas,

⁷⁹ En la discusión sobre la equiparación entre la omisión y la comisión activa de los delitos, SILVA ha insistido en la importancia de que, para poder afirmar la identidad estructural entre ambos comportamientos, es necesaria la libre asunción o el compromiso de postularse como barrera de contención, dando mayor relevancia jurídico-penal a las posiciones de garantía de contenido organizativo que a las institucionales, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, *Op. Cit.*, pp. 370 y ss.; sobre la doctrina de SILVA y su evolución en este punto, *vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 577 y ss.

⁸⁰ BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, *Op. Cit.*, pp. 57 y s.

aunque dicha vinculación jurídica tenga su origen en la libre organización del sujeto y su compromiso de postularse como tal.

Dentro de esta categoría de deberes especiales de garante de amparo activo encontramos dos modalidades diferentes, que tienen consecuencias jurídicas diversas: a. Deberes especiales de garante de amparo activo frente a riesgos genéricos: esta modalidad se predica de aquellas personas con un deber de carácter general de amparo no vinculado a un determinado tipo de riesgos, de modo que quien ampara se postula como *barrera de contención* de todo tipo de amenazas y peligros (evitables) que puedan lesionar la esfera jurídica garantizada. Es el caso de las relaciones familiares, tanto paterno-filiales como matrimoniales; determinadas relaciones profesionales en las que un profesional se convierte en garante de amparo activo de otro sujeto necesitado, ya sea eventualmente (caso de la *niñera*, por ejemplo), o de modo permanente en el tiempo, como sucede en centros médicos o de atención a personas sin plena capacidad autosuficiente; y, por otro lado, b. Deberes especiales de garante de amparo activo frente a riesgos específicos: estos deberes corresponden a figuras de amparo activo vinculadas a riesgos concretos, de modo que quien ampara no responde de todos los riesgos adyacentes, sino que se postula como barrera de protección sólo de algunos. Es el caso de relaciones profesionales centralizadas en la seguridad del amparado como la del *guardaespaldas*, el vigilante de seguridad o el socorrista, los cuales, debido a una especial competencia en una materia, sólo responden de los riesgos relacionados con ella. Así, por ejemplo, el socorrista responderá por omisión si, advertido el riesgo de ahogamiento de una persona, no acude a su rescate, pero no lo hará por omisión de su deber especial si lo que advierte es una reyerta para la que no tiene especial competencia.

Antes de entrar en las posiciones de garantía con origen en la injerencia, conviene advertir de la dificultad de realizar una clara distinción entre las diferentes posiciones de garante. En ocasiones el sujeto garantizado puede ser, al mismo tiempo, tanto sujeto como objeto del riesgo. El padre que entra con el niño a una joyería tiene una posición de garante que presenta dos facetas: garantiza la seguridad del niño, conteniendo riesgos como que no tropiece y se corte con algún cristal o que no le caigan figuras en la cabeza, al tiempo que es garante de que el propio niño no dañe objetos de valor de la joyería. En la primera faceta, el padre es garante de amparo activo, mientras que en la segunda el niño es un foco de peligro del que el padre tiene un deber de aseguramiento, que describiremos a continuación.

B.2. Posiciones de garantía con origen en la injerencia. A continuación analizaremos los tipos de posición de garante que obedecen a la lógica organizativa, esto es, los deberes especiales originados por una injerencia antijurídica. En estos casos, el dueño de una esfera que produce resultados lesivos en otra se convierte en garante de evitación de ulteriores daños y, en su caso, respecto a su salvamento.

- **B.2.a. Deber de garante de aseguramiento:** el individuo, entendido como dueño exclusivo de una esfera de organización en la que afirma su libertad, no sólo es responsable de los *outputs* lesivos que acojan la forma de acción corporal, sino que se convierte en garante respecto de la acción que ejecute con las herramientas no corporales de las que se sirva para el ejercicio de su autonomía⁸¹. Desde un punto de vista normativo, no existe diferencia alguna entre quien lesiona mediante sus propios puños y quien lo hace utilizando a su perro como medio para causar lesiones, todo es organización lesiva de la propia esfera. El principio de responsabilidad por la propia organización despliega aquí sus efectos mas evidentes de modo que la libertad individual de introducir herramientas en la propia esfera va acompañada de la responsabilidad derivada de su utilización, la cual en derecho penal se materializa cuando se produce un resultado lesivo en un tercero y éste es plenamente imputable al dueño de la esfera en la que se originó el riesgo. El *deber de aseguramiento* es, por tanto, un deber positivo de tipo organizativo cuya infracción se lleva a cabo, normalmente, mediante una omisión: el sujeto omite el control del foco de peligro de modo que el objeto en cuestión produce lesiones en esferas jurídicas ajenas. Si se dan los requisitos oportunos, en los que no tenemos ocasión de entrar⁸², la omisión del debido aseguramiento tendrá plena equivalencia estructural a la producción activa del resultado lesivo, incurriendo el responsable de la esfera en un delito de comisión por omisión. El fundamento de este título de imputación penal es organizativo, y su fundamento jurídico se encuentra en el principio de responsabilidad.

Por ejemplo: el dueño de una esfera de organización tiene un deber de aseguramiento respecto al perro peligroso, respecto a las armas de las que pueda disponer en casa, respecto a su coche o al bebé que juega con objetos valiosos de un tercero. Todo lo que pueda poner en peligro bienes pertenecientes a esferas ajenas puede ser susceptible de deberes de aseguramiento, cuya infracción tiene consecuencias jurídico-penales de primer orden.

Tras esta introducción, adelantaremos brevemente la zona gris de este título de imputación de responsabilidad penal, de modo que al ver su incidencia en la legítima defensa se comprenda el ámbito de aplicación en el que todavía se requiere mayor desarrollo doctrinal. El problema de imputación no se encuentra en el caso sencillo, en el que el utensilio, por ejemplo, el arma o el perro, se encuentra indubitadamente bajo el dominio del dueño de la esfera, en forma de continuidad de su propio cuerpo, de modo que la imputación por el resultado lesivo es autoevidente; en cambio, los problemas de imputación aparecen cuando el objeto peligroso se escapa de la esfera de dominio y control del sujeto, de modo que actúa por sí mismo causando

⁸¹ *vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 745 y ss.

⁸² Para un desarrollo de los deberes de aseguramiento y los requisitos para que fundamenten una plena equivalencia entre la omisión y la acción, *vid.* BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, *Op. Cit.*, pp. 56 y s.

lesiones. La zona gris, por tanto, se corresponde con la pregunta de hasta dónde llega la esfera de organización y hasta qué punto existe un dominio efectivo suficiente del objeto para llevar a cabo la imputación de responsabilidad penal. Como veremos más adelante, no sólo es una cuestión de primera importancia en torno a la omisión, sino que también afecta a la legítima defensa cuando la agresión no proviene directamente de la acción corporal del sujeto, sino que se encauza a través de herramientas o mecanismos de los que se sirve en régimen de exclusividad (*vid. Infra C.1.b*).

- B.2.b. Deberes de garante de salvamento con origen organizativo.

El sujeto que organiza defectuosamente su propia esfera, de modo que las herramientas de las que dispone en el ejercicio de su dominio producen resultados lesivos en esferas jurídicas ajenas, no sólo puede incurrir en responsabilidad penal en función de determinados requisitos, sino que del cómputo entre la omisión y la lesión ya acontecida nace una nueva posición de garantía que denominamos *deber de salvamento*. Así, cuando el sujeto ha omitido el aseguramiento del foco de peligro, y éste ya ha dañado la esfera jurídica de un tercero, el deber general de evitación de resultados lesivos abandona la forma del *aseguramiento* para adoptar la del *salvamento*. La línea divisoria no es del todo clara, DOPICO propone la siguiente distinción, que tomamos como válida: "*Hablaremos de aseguramiento, pues, cuando de eliminarse mentalmente el foco de peligro, la lesión desaparece de la representación del hecho. Se hablará, por el contrario, de salvamento cuando de eliminarse mentalmente el foco de peligro, la lesión no desaparece, es decir: cuando el peligro ya no pueda ser asegurable*"⁸³. Por tanto, cuando el aseguramiento ha fracasado y la lesión se ha producido, el sujeto titular del foco de peligro tiene un deber especial de salvamento, en el sentido de que debe hacer lo posible por paliar los efectos lesivos de su organización defectuosa. Su origen es, a este respecto, organizativo en el sentido de que el deber especial que tiene el dueño del foco de peligro proviene de de su propia esfera jurídica en forma de omisión del aseguramiento debido, predicándose del mismo una responsabilidad por injerencia. Su deber específico nace del primer momento omisivo, en el que su esfera organizativa aún tenía la competencia exclusiva de aseguramiento; en cambio, en este segundo momento, el deber de salvamento se le impone como deber de solidaridad reforzado, al mismo tiempo que para otros sujetos se convierte en un

⁸³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, Op. Cit., p. 770.

deber general o, por otros motivos (posición de garantía institucional), en un deber de solidaridad reforzado⁸⁴.

Por ejemplo: el dueño del perro que ataca a un tercero, primero, tiene en exclusiva un deber de aseguramiento que, una vez omitido y producida la lesión, se convierte en un deber de salvamento de la víctima que, simultáneamente, comparte con el resto de presentes obligados por el deber general de socorro y, eventualmente, con la persona titular de un deber especial de garante de carácter institucional (el padre del niño atacado, el marido de la mujer herida...). Esta distinción, entre aseguramiento y salvamento, especialmente en lo que presenta de diferenciación temporal en la agresión, tendrá su importancia en la limitación de la defensa, especialmente en cuanto a la intensidad de la necesidad y la idoneidad de la misma.

C. Incidencia de las posiciones de garantía en la legítima defensa y sus límites

A continuación vamos a realizar una mera aproximación, pues otra cosa excedería las posibilidades y el espacio propio de un trabajo de esta índole, a las consecuencias de la existencia de posiciones de garantía relevantes para la resolución del conflicto defensivo. Si bien el desarrollo que proponemos es ya importante por sí mismo, la naturaleza y la complejidad de la problemática es tan vasta que aquí solo se apuntan unas líneas por las que pueden transcurrir investigaciones futuras que remedien la falta de doctrina en este ámbito. Como hemos indicado anteriormente, si bien en la omisión sí se han estudiado las consecuencias de las diferentes posiciones de garantía, en lo que respecta a la legítima defensa la sistematización de esta incidencia está aún por hacer. Las siguientes líneas están encaminadas a ofrecer un bosquejo y una primera sistematización para poder llevar a cabo ese desarrollo tan necesario para completar la configuración de la legítima defensa.

C.1. La posición de garante como requisito de la agresión por omisión

En el ámbito de la legítima defensa, cobran especial importancia las posiciones de garantía en relación a la calificación de determinadas omisiones como agresiones antijurídicas originadoras de un derecho a la defensa necesaria. En general, se exige que el omitente haya infringido un deber jurídico de actuar, si bien no existe un amplio acuerdo respecto al tipo y a la intensidad del deber infringido⁸⁵. La pregunta a la que se trata de responder es la siguiente: ¿se puede obligar a un garante, en legítima defensa del sujeto garantizado, al cumplimiento de su deber específico de

⁸⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, Op. Cit., p. 777.

⁸⁵ IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Op. Cit., pp. 42 y s.

evitación del resultado lesivo? Para JAKOBS el único requisito indispensable es que la posición de garante infringida se predique respecto de bienes individuales⁸⁶, sin que se especifique con mayor detalle qué tipo de deber jurídico ha de ser ésta. Otros autores, en cambio, han rechazado contestar a la cuestión de forma unitaria, prefiriendo introducir variaciones en función del tipo de posición de garantía. BALDÓ, por ejemplo, restringe la posibilidad de la defensa necesaria a las infracciones de *deberes de no injerencia activa* y a los *deberes especiales de aseguramiento*, rechazando la posibilidad respecto de los *deberes de amparo activo*⁸⁷. El fundamento es el siguiente: en las dos primeras, la infracción del deber de no injerencia o de aseguramiento activo, el riesgo es imputable a la esfera de organización del garante y por ello la omisión se califica como agresión; en cambio, en los casos de omisión del deber de garante activo el riesgo proviene de otra esfera jurídica o de la naturaleza, de modo que no se puede hablar de agresión por parte del sujeto que ampara. Según el autor, cabe legítima defensa frente al sujeto que no evita, pudiendo hacerlo, los ataques del perro agresivo del que es garante de aseguramiento, pero no cabe respecto al padre, que es garante de amparo activo, que no socorre a su hijo que está sufriendo un ahogamiento. La lógica a la que responde esta elección es la que se sigue de la prevalencia que se otorga a la responsabilidad organizativa sobre la institucional: la injerencia, se dice, origina un título de solidaridad más intenso que la responsabilidad institucional del deber de amparo activo.

Sin que podamos adentrarnos en la discusión acerca de la posible cabida de todas las omisiones en el concepto de agresión antijurídica, nos limitaremos a analizar, desde nuestro punto de vista, el carácter de las distintas posiciones de garantía y si es posible o no fundamentar una legítima defensa contra su infracción.

- a. Legítima defensa frente a infracciones de deberes de amparo activo.

La cuestión a abordar es en qué casos es posible ejercer fuerza o violencia sobre un garante de amparo activo cuando omite su deber específico o general de cuidado. Es el clásico ejemplo de la madre que no alimenta a su bebe, quedando éste en serio peligro de muerte por inanición; o el del socorrista que contempla impasible como una persona se está ahogando y éste incumple su deber de garante, ya en fase de salvamento. En este punto resulta complicada la sistematización general de los supuestos, puesto que la legitimidad de la legítima defensa (normalmente de terceros) frente al garante dependerá de diversas variables. Sobre la base de las

⁸⁶ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §12.21.

⁸⁷ BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Op. Cit., pp. 273 y ss.

posiciones de garante indiscutidas, es decir, aquellas que responden a un vínculo familiar estrecho (matrimonio y relación paterno-filial) y las que vienen precedidas por una asunción voluntaria e inequívoca de contención de riesgos (médico, socorrista, guardaespaldas, etc.), la discusión se centra en la particularidad del caso concreto, muy en conexión con decisiones de prudencia. Como criterio genérico, autores como LUZÓN PEÑA han optado por la teoría del incremento del riesgo en las omisiones⁸⁸ para resolver estos casos. Si puede sostenerse que la omisión del garante ha contribuido decisivamente al incremento del riesgo que amenaza al sujeto garantizado, cabe la legítima defensa contra el mismo, quedando a expensas de un juicio de idoneidad⁸⁹.

Por ejemplo: si una persona encierra a otra en una habitación y sólo el conoce la clave de acceso y se niega a revelarla, cabe legítima defensa contra él en todos los términos excepto en darle muerte, puesto que en tal caso nadie podría abrir la puerta y la acción habría resultado inidónea y, por tanto, innecesaria; en cambio, si lo que tiene el sujeto es la llave para abrir la puerta y no existe otro medio que darle muerte para poder acceder a ella y salvar al sujeto necesitado, cabe la legítima defensa de terceros hasta el extremo de acabar con la vida del agresor.

Por tanto, los requisitos para que quepa la legítima defensa frente a agresores que omiten el deber de garante activo se pueden sintetizar en dos: que su omisión tenga una especial relevancia respecto al riesgo que amenaza al sujeto y, en segundo lugar, que la acción defensiva sea idónea para la evitación del resultado lesivo. Todo habría que unir a las variables de responsabilidad que analizamos en el anterior apartado. Si no se dan estos requisitos, como será habitual por otro lado, cabrá reaccionar frente al agresor en estado de necesidad defensivo, introduciendo criterios moderadores de la agresión y, por tanto, una mayor proporcionalidad. Estos serán los casos de omisiones propias, como el paseante que nada tiene que ver con la lesión de un sujeto que demanda auxilio y decide omitir el socorro; o los casos de resistencia pasiva, en los que no se pone en riesgo concreto ningún bien jurídico individual⁹⁰.

- *b. Legítima defensa frente a infracciones de deberes de aseguramiento.* En cuando a la defensa necesaria frente a infracciones de control de peligros desencadenados en la propia esfera sí que existe una aceptación mayoritaria, principalmente por su especial vinculación con el principio de responsabilidad por la propia organización. Así, el sujeto que no contenga un riesgo de modo plenamente imputable a su esfera de organización, tendrá el deber de

⁸⁸ para un examen detallado de la doctrina del incremento del riesgo como fundamento de la comisión por omisión, *vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 523 y ss.

⁸⁹ *vid.* LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, *Op. Cit.*, pp. 160 y ss.

⁹⁰ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, *Op. Cit.*, pp. 161 y s.

tolerar la defensa necesaria de los terceros facultados para llevarla a cabo⁹¹. El acuerdo general en este tipo de casos obedece a que la doctrina encuentra menos dificultades en la equiparación de la omisión y la acción cuando al omitente le obliga un deber de *neminem laedere* con lógica organizativa; mientras que, en cambio, la infracción de deberes estrictamente institucionales ha de ser especialmente intensa para fundamentar, por sí misma, la identificación plena con la comisión. En el apartado anterior hemos explicado suficientemente el fundamento de estos deberes y las consecuencias que tienen respecto al titular de la posición de garante de aseguramiento. Por todo ello, basta sintetizar aceptando la legítima defensa frente al garante de un foco de peligro cuando éste se desencadena y aquel omite el deber de contener el peligro.

Por ejemplo: a. cuando el dueño del perro peligroso, habiendo niños alrededor, no asegura la contención del peligro, y por tanto, origina una situación de defensa necesaria que puede pasar por el ejercicio de fuerza física o coacción para que cumpla con su deber de aseguramiento y evite la lesión de terceros. b. frente al terrorista, quien tiene en sus manos el dispositivo de desactivación de una bomba preparada para estallar, cabe legítima defensa de terceros por todos los medios, de modo que se puede emplear la violencia para coaccionarle y que proceda a la desactivación.

Sí cabe incidir en un punto que habíamos dejado pendiente de desarrollo, que no es otro que la cuestión del control del foco de riesgo y su incidencia en las posibilidades de la defensa. Anteriormente hemos mencionado que la esfera de organización está en cierto sentido relacionada con el concepto de control o dominio exclusivo, en el sentido de que los bienes y derechos que componen la propia esfera son aquellos en los que uno tiene libertad de disposición y elección suficiente como para hablar en esos términos. Respecto de los deberes de aseguramiento, es difícil discernir en qué punto el dueño de determinado foco de peligro deja de ejercer dominio sobre el mismo y, por tanto, hasta qué punto llega su responsabilidad penal por los daños que aquél pueda ocasionar. Por lo que respecta a nuestro trabajo, nos interesa no tanto la responsabilidad por la omisión como la distinción entre la defensa legítima y la ilegítima en estos casos.

Volviendo al caso de perro peligroso: partiendo de que el dueño es garante de aseguramiento en sentido pleno, los terceros facultados pueden proceder a la acción defensiva contra el dueño siempre que éste tenga aún el control sobre el foco de peligro, es decir, siempre que esté todavía en sus manos la posibilidad de inhibir el riesgo y evitar las lesiones. En caso contrario, si se atacase al dueño cuando éste ya no puede controlar el peligro, la defensa devendría innecesaria e inidónea y, por tanto, ilegítima.

Sin embargo, el hecho de que la defensa sea ilegítima por inidónea no modifica en nada la posición de garantía por injerencia antijurídica que se predica del dueño del objeto peligroso, siempre que el desencadenamiento del mismo fuera imputable a su no aseguramiento. Por ello, deberá tolerar todas aquellas acciones idóneas para la evitación del resultado y lo hará con las reglas de la legítima defensa y no con las de

⁹¹ BALDO LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Op. Cit., pp. 274.

estado de necesidad, predicables del resto de esferas que nada tienen que ver con el origen del riesgo.

En síntesis: a quien omite un deber de aseguramiento se le impone el deber reforzado de sacrificar sus intereses en la medida de lo necesario para evitar el resultado lesivo originado en su esfera; la necesidad podrá ser diversa en función del control que ejerza sobre el objeto peligroso en el momento de la acción defensiva, de modo que la solidaridad que se exige a quien se defiende impone un mayor juicio de idoneidad cuando el agresor ha perdido el control sobre el foco de peligro que cuando todavía tiene posibilidad fáctica de disminuir el riesgo. Y esto último nos lleva a la fase de salvamento, que analizaremos a continuación.

c. Legítima defensa frente a deberes de salvamento con origen organizativo.

Normalmente, el momento de pérdida de control del riesgo suele coincidir con el del resultado lesivo y, por tanto, con el nacimiento del deber de salvamento que se predica del dueño del objeto y que puede darse en régimen compartido con terceros (garantes de amparo activo o sujetos con deber general de auxilio). Aquí la situación es diversa, puesto que, por mucho que su responsabilidad siga siendo plena sobre el conflicto ocasionado por el no aseguramiento, las posibilidades fácticas de salvamento se abren a otros sujetos no responsables por el conflicto.

Por ejemplo: si el perro ya ha mordido al niño, tanto su dueño como el padre del niño o terceros que asistan al conflicto pueden estar obligados a asistirle, si bien con diferente intensidad. Se daría aquí una coincidencia temporal de deberes con el mismo objeto: tanto el padre como el dueño, uno por responsabilidad institucional y otro por organizativa, son garantes de evitación del resultado y tienen un deber de solidaridad reforzado respecto al socorro del niño, mientras que los terceros tienen un deber general de socorro (195 CP).

En síntesis: cabrá legítima defensa frente al dueño del perro (que no ha asegurado y que, una vez concretado el peligro, tampoco se dispone a salvar), siempre que se den los requisitos estructurales, puesto que es plenamente responsable por el conflicto que ha originado la lesión. Así, si el padre es inválido y no puede llevar al hijo al hospital, puede coaccionar en legítima defensa al dueño del perro peligroso para que haga lo propio, siempre que no haya otros medios menos lesivos y seguros al alcance.

C.2. Las posiciones de garantía como límite a la legítima defensa

A continuación abordaremos la problemática de las posiciones de garantía y la legítima defensa desde otra óptica, no como fundamento de la agresión omisiva, analizada con anterioridad, sino en relación a los conflictos defensivos que tienen

lugar entre personas que ostentan entre sí deberes de solidaridad reforzados. Las agresiones llevadas a cabo en ámbitos familiares han cobrado especial relevancia para la doctrina a la luz de los casos de violencia doméstica y, más recientemente, respecto a la violencia en relaciones paterno-filiales. La discusión gira en torno a si las relaciones recíprocas de garantía entre agresor y defendido imponen o no una solidaridad mínima más intensa para quien se defiende que en agresiones entre personas sin especial vínculo de unión.

De un lado, encontramos autores como ROXIN, JAKOBS o BACIGALUPO⁹² que entienden que la defensa propia entre personas unidas por vínculos de solidaridad está más restringida, con carácter general, que la de personas sin deberes reforzados entre sí. ROXIN sostiene, como en las agresiones irrelevantes, que en estos ámbitos el interés por el prevalecimiento del derecho es menor⁹³, en la medida en que “*retrocede ante el deber de consideración humana mientras que se pueda considerar aún subsistente una relación de solidaridad entre los implicados*”⁹⁴. La misma lógica encontramos en el argumento de JAKOBS, que acepta una mayor exigencia de proporcionalidad o limitación para la defensa siempre que se pueda afirmar que el vínculo de unión no está totalmente dañado⁹⁵. Otros autores consideran que la restricción por relación institucional no es defendible en casos que originan una legítima defensa, puesto que la agresión supone un quebrantamiento del vínculo de tal intensidad que al defendido no se le puede exigir una consideración que previamente no ha tenido el agredido⁹⁶. Pero esta argumentación no nos parece válida, al menos no como premisa general. PALERMO, quien defiende este punto de vista, sostiene que la exigencia de solidaridad reforzada decae totalmente (al menos hasta la fase del salvamento, una vez perrechada la acción defensiva⁹⁷) porque la agresor “*cuestiona la relación marital no respetando a su cónyuge como persona*”⁹⁸. Pero como hemos mencionado en el primer capítulo, la regulación de la legítima defensa tiene como objetivo, siempre a partir de la protección de los bienes agredidos como objetivo primordial, devolver a agresor y agredido a la relación jurídica adecuada a derecho. El propio PALERMO defiende tal

⁹² BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de derecho penal. Parte General, Op. Cit.*, p. 267.

⁹³ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general, Op. Cit.*, §15.81.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ “*En las relaciones de garantía existe una obligación de sacrificarse más elevada –frente a la obligación de cualquiera-, Ciertamente, por el trastorno de la institución que se pone de manifiesto en el ataque, la obligación de sacrificarse es más reducida que en las instituciones intactas*” JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, §12.58.

⁹⁶ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista, Op. Cit.*, p. 262.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 364.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 362.

cosa respecto a las agresiones entre desconocidos⁹⁹, por lo que si la solidaridad mínima general tiene como objetivo mantener el núcleo esencial de la personalidad del agresor intacto, la solidaridad reforzada que se predica de agresiones entre garantes persigue la permanencia de la institución, siempre en el marco de la protección de los bienes atacados.

Según nuestro punto de vista, lo relevante es apreciar si la agresión es expresión de una disolución efectiva del vínculo material existente entre quienes tienen una relación de garantía o si, por el contrario, supone un acometimiento puntual insuficiente para anular definitivamente el vínculo de solidaridad reforzada. La realidad es que existen vínculos que imponen a sus miembros un deber de garantía y de evitación de daños respecto de otros sujetos, y en casos de legítima defensa entre ellos se ha de encontrar una solución que armonice dos exigencias: la protección del vínculo entre garantes, en la medida que el propio orden jurídico está especialmente interesado en su permanencia y, en segundo lugar, la protección efectiva de los bienes jurídicos atacados. Este es el sentido de la diferenciación entre agresiones que rompen el vínculo, como son siempre las agresiones contra la vida o la integridad física, y las agresiones sin la suficiente relevancia jurídico-penal como para que quien se defiende no tenga una consideración solidarística acorde con la posición de garantía que ostenta respecto al agresor. El juicio sobre la importancia de la agresión variará en función de la posición de garantía que una a los miembros, de modo que una agresión no tiene el mismo significado si se da entre cónyuges que si se da entre compañeros de empresa. Vayamos, por tanto, a los ámbitos problemáticos principales para analizar con algo más de detalle algunas de las particularidades de las limitaciones de la legítima defensa para cada caso.

- **C.2.a. Limitación a la legítima defensa entre cónyuges. Especial mención a la violencia doméstica.** La posición de garantía que se predica entre cónyuges, consistente en un deber de amparo activo general, tiene como fundamento la responsabilidad institucional y obedece al especial interés del ordenamiento jurídico en la protección de este tipo de vínculos inter-personales. La discusión ha evolucionado al mismo tiempo que se ha ido ampliando el concepto de relaciones familiares, de modo que la protección y la solidaridad mutua no se predica únicamente del matrimonio formalmente considerado, sino que determinadas relaciones de convivencia materialmente análogas también imponen deberes de solidaridad reforzados. Al tiempo, el concepto de matrimonio, en cuando a las

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 346 y s.

relaciones de garantía, debe de huir de las definiciones excesivamente formales, puesto que por mucho que el vínculo formal subsista, parece inadecuado sostener que quienes están separados y ya no constituyen una unidad efectiva de vida tengan una relación de garantía recíproca, al menos en la misma medida que quienes sí lo hacen¹⁰⁰. Por tanto, el concepto de matrimonio en el ámbito de las garantías y la solidaridad mutua ha de entenderse como la comunidad de vida existente entre personas que conviven en una relación análoga o comparable en sus principales términos a la matrimonial.

La característica peculiar que tiene esta institución, respecto a otras como por ejemplo la paterno-filial, es que los deberes mutuos se presumen equivalentes, es decir, el marido es garante de la mujer en la misma medida que la mujer lo es del marido. Lo que les prescribe el ordenamiento es un deber especialmente intenso de evitar daños lesivos el uno respecto al otro, que suele traducirse tanto en comportamientos activos de contener riesgos o de actos de cuidado, como en deberes negativos de no-empeoramiento. En definitiva, si esta especial relación existe, las situaciones defensivas no pueden ser absolutamente ajenas a su significado. Así, la legítima defensa quedará limitada en los siguientes términos, en dos diferentes planos: a. Cuando la agresión no se realiza contra la vida e integridad física: si existe posibilidad, el agredido debe eludir o desviar el ataque¹⁰¹; si se produce contra bienes materiales, regirían las reglas del estado de necesidad o, a lo sumo, sería lícita la acción defensiva o de resistencia (*Schutzwehr*), excluyendo por completo la defensa ofensiva (*Trutzwehr*) contra bienes existenciales del agresor; y b. Cuando la agresión atenta contra la integridad física o la vida: en estos casos, cuando las agresiones pueden producir lesiones graves o acabar con la vida de la víctima, parece adecuado que la legítima defensa esté sujeta a los límites generales, quizás con un deber de especial cuidado al elegir los medios defensivos cuando lo que está en juego es la vida del agresor. Aquí el deber de solidaridad reforzado no opera por dos motivos: en primer lugar, una agresión de tal índole es expresión de un grave trastorno en la institución, de modo que el vínculo ha perdido el vigor que justifica el especial miramiento en la defensa; en segundo lugar, los bienes que están en juego están tan ligados al núcleo esencial de la personalidad que el ordenamiento jurídico-penal no puede imponer moderación para su defensa a la persona que los ve amenazados. Por ello, la legítima defensa mantiene su esplendor permisivo para estos casos. Ahora bien, como resalta PALERMO, cuestión distinta es la fase de salvamento, una vez que la acción defendida ha tenido éxito y la agresión

¹⁰⁰ ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte general*, Op. Cit., §15.85.

¹⁰¹ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §12.58.

ha sido neutralizada. En fase de salvamento, siempre que el peligro para la vida e integridad haya desaparecido completamente, el garante que ha reaccionado con violencia contra el agresor puede tener el deber especial de socorrerle y evitar lesiones o pérdidas mayores¹⁰².

Por ejemplo: si la mujer ataca al hombre con un cuchillo y éste, en defensa propia, acomete contra ella dejándola inconsciente de un puñetazo, el marido tiene un deber superior a un tercero de que su mujer sea atendida y recupere su estado habitual, siempre y cuando no haya riesgo de reviviscencia en la agresión.

- C.2.a.1. Excurso: Los casos de violencia doméstica. La creciente importancia doctrinal que ha adquirido el ámbito de la violencia doméstica ha devuelto al debate la cuestión de la violencia inter-familiar en general, así como las posibilidades de defensa frente a ella. La pluralidad de reformas de las que hemos sido testigos en los últimos años, así como las diversas interpretaciones que la jurisprudencia ha realizado respecto de determinados conceptos aparejados a la violencia doméstica, dificulta la toma de posición concreta en las cuestiones relacionadas con ella. La violencia doméstica o habitual, regulada en el 173 CP, es un delito que protege la integridad moral de quien se ve sometido a violencia física o psíquica habitual en un ámbito familiar o análogo. La jurisprudencia ha discutido sobre el concepto de violencia psíquica y, especialmente, sobre el contenido del requisito de "habitualidad", que parece hacer referencia no tanto a un número de agresiones concretas sino más bien al clima o estado de violencia permanente¹⁰³.

En relación a la legítima defensa y los límites especiales que ese imponente entre cónyuges, hay varios puntos dogmáticos a tratar. El primero es que, si bien hemos sostenido que la legítima defensa, con toda la permisividad que ella conlleva, sólo es adecuada contra agresiones contra la vida o integridad física, habría un tipo de delitos de violencia doméstica que podrían quedar fuera, como sucede con la violencia psíquica, que puede ser ejercida mediante insultos, vejaciones, amenazas, acoso telefónico (SAP-Málaga de 20 de septiembre de 2002, ponente: MORALES GONZÁLEZ) y conductas similares. Para resolverlo y, de paso, puntualizar la incidencia de este tipo de delitos en la legítima defensa y sus límites, habría que profundizar en el siguiente punto del delito de violencia doméstica: el artículo 173.2 CP no castiga los actos concretos de violencia del garante, sino que castiga un tipo de conducta referida a la situación de permanente hostilidad que padece un miembro de la relación familiar. Por ello, como bien indica el artículo, las lesiones,

¹⁰² Para PALERMO, la denegación del socorro en fase de salvamento por parte de un garante podría fundamentar incluso un delito de comisión por omisión, PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Op. Cit., p. 364.

¹⁰³ RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, FELIP I SABORIT, DAVID, en *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 102.

abusos o los daños sufridos se castigan independientemente, en concurso ideal con la violencia doméstica.

Hecha esta aclaración, la legítima defensa se ve afectada por la violencia doméstica, a nuestro modo de ver, el menos en dos sentidos:

-- a. Agresiones contra las que cabe legítima defensa cuando existe violencia doméstica. Parece que, atendiendo al sentido estricto de los requisitos de la legítima defensa, ésta debería ser posible sólo contra los actos concretos que atenten contra bienes jurídicos del familiar que sufre la violencia doméstica, de modo que la reacción desproporcionada sólo pueda darse cuando se ven amenazados de manera actual e inminente. *Por ejemplo:* una mujer que sufre lesiones por parte de su marido con cierta habitualidad, puede defenderse legítimamente cuando éstas tienen lugar, pero ¿puede reaccionar frente a él el día que no existe agresión alguna, si bien el delito de violencia doméstica persiste en forma de amenaza potencial y clima hostil? Esta es una cuestión difícil de resolver, puesto que en una situación así la víctima ve restringida y alterada suficientemente su esfera de organización como para poder reaccionar frente a los ataques; en cambio, el requisito de grave peligro del deterioro inminente de bienes jurídicos individuales puede no estar presente en algunos momentos, por lo que la legítima defensa debe reducirse a las agresiones que ponen en peligro bienes individuales concretos.

Otra posible vía de interpretación sería la que se desprende de la ampliación por parte de la jurisprudencia del concepto de bien jurídico defendible mediante esta causa de justificación, de modo que se acepta en defensa agresiones contra el honor (*STS del 1 de Mayo de 1958*) y otros bienes inmateriales¹⁰⁴. Así, si la violencia doméstica protege un bien jurídico distinto de los delitos por los actos concretos en que se manifiesta, véase, la integridad moral, podría considerarse que quien la sufre tendría un derecho a defenderlo de modo permanente, al menos desde el momento en que se pueda afirmar que el clima hostil está instaurado en la relación familiar. Ahora bien, la reacción defensiva ha de ser adecuada al modo en que dicho clima se concreta, puesto que no se puede convertir en un permiso ilimitado para resolver desproporcionadamente el conflicto, permitiendo a la víctima hacer lo que es propio de las instituciones judiciales, poner fin al delito y castigarlo. Por ello, la mujer que sufre violencia doméstica no puede perseguir a su marido cuando éste sale de casa y agredirle sorpresivamente, pues ello sobrepasaría el límite de la defensa llegando a ser una venganza privada. Cuando el peligro no es manifiesto, debe optar por

¹⁰⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general, Op. Cit.*, §16.60.

solicitar la ayuda de las autoridades. En síntesis: la violencia doméstica, como agresión permanente contra la integridad moral, faculta a quien la sufre a reaccionar en legítima defensa; sin embargo, la reacción ha de adecuarse al modo en que se manifiesta el clima hostil en delitos concretos, teniéndose en cuenta que el clima de violencia sirve de presunción a favor de la necesidad de la reacción defensiva sólo cuando hay un bien jurídico amenazado.

- b. Límites de la defensa cuando existe violencia doméstica. La segunda cuestión a abordar es si quien sufre violencia doméstica, perteneciendo todavía al vínculo familiar, tiene un deber de solidaridad mínima general o mantiene el deber de solidaridad reforzado propio del garante. En este caso, parece evidente que la existencia de un clima de hostigamiento como el que castiga la violencia doméstica es prueba suficiente del deterioro de la relación familiar como para rechazar que la posición de garante imponga un especial deber de cuidado respecto al agresor. Aquí el ordenamiento jurídico-penal poco puede hacer a favor de la institución y su hipotética restauración, de modo que ha de centrarse en la función de protección del bien jurídico puesto en peligro, permitiendo el grado máximo de defensa al agredido. El principio que rige es el que venimos sosteniendo a lo largo del trabajo: la responsabilidad del sujeto activo del delito es tan grave que la solidaridad exigida a la víctima es la más leve posible, la estrictamente necesaria para conservar el núcleo esencial de la personalidad del agresor, y el deber de tolerar la acción defensiva será igualmente el más intenso posible.

Por último, cabe advertir un último aspecto de la violencia doméstica y las herramientas doctrinales que proporciona la legítima defensa para su solución. La realidad sociológica de dicho delito muestra como en la inmensa mayoría de los casos la violencia se produce por parte del hombre contra la mujer. El ordenamiento ha optado en ocasiones por legislar teniendo en cuenta dicho dato, por ejemplo imponiendo mayores penas a las lesiones cometidas contra la mujer que las cometidas contra el hombre (artículo 153 CP), en razón de su vulnerabilidad física y de la mayor frecuencia estadística de ese tipo de lesiones. La figura de la legítima defensa, al ser una norma permisiva abierta, permite una gran oscilación en el concepto de necesidad, de modo que *“la defensa permitida no se corresponde fijamente con una agresión determinada, sino que depende de la fortaleza de autor y víctima”*¹⁰⁵. Siendo así, parece que en los casos en que se confirme la vulnerabilidad de un sujeto respecto a otro, la permisión en su defensa se adecuará

¹⁰⁵ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §12.30.

automáticamente, sin necesidad de una presunción legal, a las posibilidades de éxito defensivo de las que cada uno disponga.

- C.2.b. Limitaciones la legítima defensa en agresiones paterno-filiales.

El debate sobre la violencia entre padres e hijos, integrada también en el concepto de violencia doméstica, está despertando cierto interés en el debate público y probablemente suscite también un amplio desarrollo legislativo en los próximos años. Los datos criminológicos muestran un creciente número de denuncias de maltratos y episodios violentos no sólo de los padres hacia los hijos sino, mas recientemente, de los hijos hacia los padres. Aquí las estructuras de las posiciones de garantía adquieren una mayor complejidad y, por tanto, lo mismo sucede respecto de su incidencia en la legítima defensa frente a este tipo de agresiones. A diferencia de lo que ocurre con las relaciones matrimoniales, en las que normalmente están vigentes dos posiciones de garantía recíprocas entre personas adultas y sujetas a responsabilidad penal, las relaciones paterno-filiales presentan un panorama diverso. Los aspectos característicos son los siguientes: a menudo la agresión se produce de un hijo menor de edad a su padre, con consecuencias para la responsabilidad penal y, por consiguiente, para los límites de la legítima defensa; y, por otro lado, si bien el padre es garante del hijo en condiciones normales, no está tan claro en qué medida y para qué riesgos lo es el hijo respecto al padre.

A pesar de las diferencias, los casos sin variación específica responden a la misma lógica de la violencia doméstica, puesto que el artículo 173.2 CP no reduce el concepto a los cónyuges, sino que incluye a descendientes, ascendientes, hermanos y demás vínculos de convivencia familiar de análoga naturaleza. Así, en los casos en que existe una relación de garantía recíproca en cuyo seno se produce una agresión antijurídica, la legítima defensa se regirá por las reglas que acabamos de determinar para las relaciones conyugales. Ahora bien, hay grupos de casos que introducen alguna complejidad. Debido a las limitaciones propias del trabajo, nos ocuparemos de una tipología de casos que está centrando el debate alrededor de la violencia paterno-filial en la actualidad: a. Agresión del hijo menor de edad a su padre o madre: este caso se ve muy afectado por la falta de responsabilidad penal del menor, lo cual, unido al hecho de que el agredido es garante de amparo activo del agresor, tiene consecuencias en la limitación de la legítima defensa. Para resolver la cuestión no entraremos en la Ley de responsabilidad penal del menor, puesto que la norma permisiva se dirige al padre y se rige por el Código Penal. Como hemos visto en el análisis de la solidaridad mínima en función de la responsabilidad del agresor, las agresiones inculpables, en las que entrarían las del

menor de edad, no fundamentan una reacción en legítima defensa, sino a lo sumo un *estado de necesidad defensivo*. La no responsabilidad del agresor introduce aquí un deber de solidaridad mínima superior al exigible para las agresiones culpables, de modo que el padre debe defender sus bienes e intereses en arreglo a la proporcionalidad propia del estado de necesidad. Además, la vigencia de su posición de garante respecto al hijo favorece el posicionamiento a favor de un deber de solidaridad reforzado, si bien aquí la intensidad y la gravedad de la agresión introducen modificaciones en la subsistencia o no de la posición de garantía. Así, la defensa del padre respecto a la agresión del hijo menor de edad se regirá por las siguientes reglas: si la agresión se produce contra bienes materiales, la intervención del padre se regirá por las reglas del *estado de necesidad agresivo*, pues la solidaridad es muy reforzada debido a la posición de garantía y a la gravedad relativa de la agresión; si la agresión se dirige contra bienes de carácter vital, el comportamiento defensivo ha de adecuarse al *estado de necesidad defensivo*. Como indica JAKOBS, el estado de necesidad permite dar muerte al agresor si no existe un modo menos lesivo para defender el bien vital atacado¹⁰⁶, y resulta la solución adecuada por dos motivos. El primero, ya apuntado, es que el derecho no puede obligar a nadie a renunciar a la defensa de su vida, ni siquiera cuando el autor es un descendiente del que se es garante; en segundo lugar, las agresiones graves, como hemos mencionado, son expresión de la mayor degradación del vínculo solidarístico, de modo que difícilmente se puede fundamentar en él un deber especial de consideración en la defensa.

- C.2.c. Reflexiones en torno a la tortura en legítima defensa de terceros.

A continuación abordaremos la problemática de la legítima defensa, junto con las herramientas conceptuales de las que nos hemos servido, para apuntar algunas reflexiones en torno a su relación con algunos delitos de tortura en crímenes de especial entidad. Las siguientes líneas servirán al lector a modo de aproximación genérica a un tema de tanto calado como el que hemos enunciado, simplemente con el objetivo de demostrar que los principios de responsabilidad y de solidaridad pueden tener un importante papel en la resolución de este tipo de conflictos jurídicos. La estructura de caso concreto sobre la que trabajaremos coincide con la del caso "Wolfgang Daschner", ya enunciado con anterioridad en el trabajo y que tuvo lugar en Alemania en Octubre de 2002, a partir de la cual introduciremos alguna modificación para iluminar el análisis de las posibles soluciones. El caso presenta a

¹⁰⁶ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §13.46.

un cargo policial que amenaza con torturar a un secuestrador para averiguar el paradero del niño secuestrado, de modo que el autor del delito cede y lo confiesa pero, una vez encontrado al niño, se demuestra que había fallecido con anterioridad al ejercicio de la tortura por parte del policía. A la luz de estos hechos, la pregunta pertinente es ¿se puede torturar en legítima defensa de terceros? No parece posible llevar a cabo una respuesta taxativa, por lo que tendremos que profundizar en algunos puntos concretos de la problemática para llegar a alguna conclusión.

- a. Sobre la calificación de la tortura: en el ordenamiento jurídico español la tortura está prohibida constitucionalmente (artículo 15 CE) y castigada en el artículo 174 CP, teniendo como sujetos activos exclusivamente a funcionarios o cargos públicos. Sin perjuicio de conceptos más amplios recogidos en la legislación internacional, la tortura en España sólo la constituye aquel trato degradante infringido por el Estado al individuo. Por tanto, parecería que habría que discutir en diferentes términos según la tortura la cometa un funcionario o un particular.

- *Tortura ejercida por funcionario público*: como sucedió con Wolfgang Daschner, la discusión adquiere enorme complejidad en la medida en que se discute si la policía se rige por sus propias leyes especiales¹⁰⁷ o si, en su caso, puede ampararse en causas de justificación de la conducta de carácter general. Sin entrar en esta cuestión, resulta de especial relevancia analizar, en orden a determinar si es lícita o no la tortura por parte de determinados funcionarios públicos, el tipo de posición de garantía que ostenta respecto del ciudadano y determinados riesgos y como influye en sus facultades defensivas. En el caso concreto, el policía que detiene al secuestrador, dándose los presupuestos de necesidad e inmediatez que requiere la legítima defensa, y pudiendo salvarse todavía el bien jurídico puesto en peligro, ¿hasta donde puede llegar el policía, teniendo en cuenta que está obligado como garante de la seguridad del niño secuestrado, en los medios defensivos que emplea respecto al agresor? Es decir, si el secuestrador se niega a dar la información del lugar en que se encuentra, ¿cuál es el límite de lo que el policía puede hacer para conseguir dicha información crucial para el cumplimiento de su deber de salvamento del niño? Como ya podemos intuir, la respuesta dependerá mucho del contenido de responsabilidades y deberes que le demos a la posición de garantía del policía respecto a la evitación de resultados lesivos en el ciudadano. Aquí habría que resolver la cuestión teniendo en cuenta también que el secuestrador tiene la condición de ciudadano, por lo que la función pública del cargo no solo liga al funcionario con la víctima que ha de proteger, sino que en algún sentido conlleva un cierto tipo de obligaciones respecto al agresor, las cuales se traducen en

¹⁰⁷ A favor de la opinión de que la actuación policial debe seguir las normas especiales, JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., §13.41.

limitaciones de la fuerza y en criterios estrictos de proporcionalidad. Como vemos, la cuestión requiere un profundo estudio y desarrollo al que no podemos acceder aquí, pero en este primer punto, vemos como el deber de solidaridad del policía y las posiciones de garantía en que se traducen su dimensión institucional tienen una relevancia considerable en la resolución del conflicto:

- *Tortura ejercida por un particular con posición de garante en legítima defensa del garantizado*: Si en vez de ser encontrado por el policía, el secuestrador es hallado por el padre, teniendo éste posibilidad de torturarlo para averiguar el lugar donde se halla su hijo, ¿sería legítima esa tortura en defensa de terceros? Volvemos a partir de que se dan los requisitos exigidos: es el medio necesario e idóneo *ex ante* para la evitación del resultado lesivo. Por ello, parece que en la medida en que la tortura entre particulares no está vigente la prohibición absoluta y ésta resulte un medio adecuado y necesario para la salvación del niño, entraría dentro de lo amparado por la legítima defensa.

Por ejemplo: en el caso del secuestrador los requisitos estructurales de la defensa se dan plenamente, puesto que el secuestro supone una agresión ilegítima en la esfera de un tercero, la tortura puede ser racionalmente el medio necesario no se ha conseguido la salvación por medios menos lesivos como la coacción o la intimidación y, por último, partimos de que no ha existido provocación previa por parte de la víctima. El único punto que habría que examinar con atención es el de la "necesidad racional del medio empleado", en el sentido de que antes de llevar a cabo una lesión tan grave como la que supone torturar al secuestrador, ha de haberse intentado otro tipo de fórmulas menos lesivas e idóneas para la consecución del fin perseguido.

Igual que sucede en el caso del policía, la condición de garante del padre del niño secuestrado puede llegar a modificar el espacio que la causa de justificación le permite en su defensa. Si la posición de garante se traduce en una serie de importantes obligaciones, parece lógico que el ordenamiento que las impone habilite a su destinatario una serie de facultades añadidas para poder llevarlas a su correcto cumplimiento. Por ello, parece que el padre, en la medida en que es garante activo del hijo y tiene un deber reforzado respecto a la protección de su vida e integridad, puede llegar más lejos que un tercero en su defensa del sujeto garantizado respecto de los ataques de terceros. Ésta sería, por tanto, otra conclusión favorable, al menos respecto al padre, a la aceptación de la tortura como un medio lícito a emplear en legítima defensa de terceros. La discusión nos lleva, por último, al punto central del debate, en el que entran en juego los enunciados de responsabilidad y solidaridad en la resolución del conflicto.

- *b. Tortura en legítima defensa de terceros: sobre la responsabilidad del agresor y la solidaridad del agredido*. La tortura sería un medio más a disposición de quien se defiende si no fuera porque supone una vulneración de la dignidad humana que el Estado de derecho no está dispuesto a tolerar. La tortura consiste en infringir tratos degradantes de la integridad moral de la persona, ya sea mediante

sufrimientos de especial gravedad, el sometimiento a condiciones inhumanas de vida u otros tratamientos de análoga naturaleza. La tortura consiste, por tanto, en una deshumanización del sujeto que la sufre con el objeto de perseguir determinadas finalidades como la obtención de información, de una confesión, un castigo o la mera discriminación del sujeto torturado (artículo 174 CP). Si hemos hablado en ocasiones, especialmente en referencia a la función protectora de la solidaridad mínima en la legítima defensa, del núcleo esencial de la personalidad, la tortura podría conceptualizarse como aquel ataque que tiene como objeto diluir ese núcleo por el que la persona sigue siendo tal, reduciéndolo a la condición de objeto. Existe un condicionamiento más que influye en su conceptualización como práctica socialmente repudiada: el miedo fundado a habilitar a agentes del Estado a emplear la tortura como medio de conseguir fines lícitos, pues la experiencia histórica muestra que no siempre se utiliza como medio para salvar vidas, sino que, por desgracia, protagoniza episodios de violencias arbitrarias con motivaciones políticas o ideológicas de fondo. Por otro lado y como consecuencia, esa preocupación por desterrar de la sociedad prácticas tan degradantes para los individuos ha promovido que se hayan producido grandes legislaciones sobre la tortura, pero sin el detalle necesario para distinguir casos flagrantemente diferenciados entre sí. Es decir, el concepto de tortura se ha ampliado tanto que en ella incurre tanto quien amputa una articulación a una persona como quien, como el “Caso Daschner”, simplemente amenaza con torturar. Es ilógico que conductas tan dispares se comprendan en el mismo tipo penal, además de acarrear otros problemas de proporcionalidad en el sentido de que en determinadas situaciones resulta más grave amenazar con torturas que, por ejemplo, dar muerte al agresor, como sucede en los casos de legítima defensa. Por ello, en vistas a delimitar las responsabilidades y las consecuencias jurídicas de una conducta tan reprochable en sí misma, parece que lo adecuado es llevar a cabo una legislación detallada por la que en el delito de torturas se integren conductas que realmente minen el núcleo esencial de la integridad moral del sujeto, rechazando otras de menor entidad.

Pero hecha estas aclaraciones introductorias, el propósito por el que hemos traído a colación este tema es el de apreciar la virtualidad de los *principios de responsabilidad* y de *solidaridad* en casos de delitos graves en los que, eventualmente, la tortura puede ser el medio más adecuado por la evitación del daño. Un último argumento en contra de la utilización de la tortura por quien se defiende podría ser el de la solidaridad mínima: torturar al agresor sería infringir todo deber de consideración solidarística respecto a su persona, de modo que, en palabras de KANT, lo convertiríamos en un *mero medio* para la salvación del bien

puesto en peligro, concluyendo su proceso de despersonalización. La solidaridad mínima es, por tanto, la barrera que impediría el empleo de la tortura como acción de defensa. En cambio, parece que hay un grupo de casos en los que el principio de responsabilidad haría desaparecer dicha barrera, empujando al agresor a asumir todas las consecuencias de su comportamiento gravemente lesivo. Los casos que, a nuestro juicio, no excluyen el ejercicio de la tortura si se dan los requisitos necesarios son aquellos en los que, en el momento de la defensa, la evitación del resultado lesivo está aún plenamente conectada a la esfera de organización del sujeto agresor, de modo que entre una y otra sólo existe un acto de libertad. Es decir, la única manera de que la tortura no destruya plenamente el núcleo esencial de la personalidad es que respete la libertad del agresor, y en los casos en los que, de modo claro y concluyente, todavía se encuentra en su esfera de organización la evitación del resultado lesivo, el ejercicio de la tortura no constituye un tratamiento de *mero medio*, pues mediante un acto volitivo y libre (indicar el lugar donde se encuentra el niño) puede poner fin al conflicto y, por tanto, evitar la tortura. Como hemos dicho anteriormente, la responsabilidad por el conflicto, imputable aquí plenamente al secuestrador, no es un concepto absoluto, sino que en ella importa también de qué modo se posiciona el sujeto agresor respecto a las consecuencias de su conducta¹⁰⁸. El secuestrador que una vez capturado sigue sin revelar el paradero del niño, estando todavía el conflicto en su ámbito de organización, se coloca a sí mismo como responsable pleno en el conflicto hasta tal punto que la tortura no le instrumentaliza, pues aún es libre de poner fin al conflicto.

Por ejemplo: 1. en el caso del secuestrador, si él es el único sujeto que ha participado en el secuestro, existe una certeza razonable de que conoce y tiene posibilidad de acceso al lugar donde radica el niño, la legítima defensa podría llevarse a cabo por medios comprendidos en el concepto de tortura; en cambio, si a quien se encuentra es a un cómplice del actor principal en el secuestro, o incluso a un cooperador, la salvación del niño no entraría plenamente en su esfera de organización y, por tanto, no bastaría un acto de libertad de estos sujetos para proceder a ella, de modo que la tortura de estos sujetos no entraría dentro de la legítima defensa. 2. Existe otro caso, ampliamente debatido, conocido como el "Tikin' bomb", al que podemos aplicar el razonamiento: si un policía detiene a un terrorista que ha colocado una bomba en un centro comercial y está preparada para ser detonada por un dispositivo que él mismo posee, ¿sería legítimo torturarlo para salvar los cientos de vidas amenazadas? En este caso, estructuralmente típico de legítima defensa, la barrera de la solidaridad mínima también se ve anulada en la medida en que el conflicto aún se encuentra plenamente en la esfera de organización del sujeto al que se va a torturar, de modo que no se le trata como a un instrumento, sino que su libertad de desactivar o no la bomba es aún la única competente en la resolución del conflicto. El terrorista es plenamente responsable de la evitación del resultado y aún ostenta el control sobre el foco de peligro, por lo que su libertad no queda dañada una vez se le tortura por su negativa a cumplir su deber de desactivar la bomba y evitar la muerte de terceros. Ahora bien, no sucedería así si a quien se encuentra es a la persona que ha conducido al terrorista al centro comercial como cooperante, o a quien ha vigilado mientras se ha colocado la bomba, puesto que por mucho que su colaboración pudiera ser útil para resolver el conflicto, su responsabilidad no es tan grave como para generar en ellos un deber de tolerar torturas. Entre la evitación del resultado y su esfera de organización no existe la conexión e inmediatez necesaria para hacer saltar la barrera de la solidaridad mínima, de modo que la tortura sí que constituiría un tratamiento de *mero medio*, excluyéndose de los medios defensivos legítimos.

¹⁰⁸ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, §12.18.

Por último, cabe señalar que estas opiniones se encuentran en el plano estructural y dogmático, puesto que en el ámbito de la tortura entran en juego otro tipo de argumentaciones éticas, filosóficas y prudenciales que pueden declinar las soluciones en el sentido de aceptar su utilización o de prohibirla pero a las que, en todo caso, no podemos entrar por las limitaciones de espacio y objeto ya mencionadas. El objeto de estas últimas reflexiones ha sido el de mostrar cómo los principios de solidaridad y responsabilidad pueden realizar importantes aportaciones para la clarificación de los problemas, así como para la resolución de los casos más conflictivos a los que se enfrenta la dogmática de la legítima defensa. En síntesis: si bien no tomamos posición en la aceptación de la tortura como práctica policial en la defensa de terceros en la medida en que sus riesgos pueden ser social y éticamente inaceptables, sí que encontramos que tanto las posiciones de garantía como los principios de solidaridad y responsabilidad aportan importantes argumentos para reintroducir el debate sobre la tortura en la dogmática de la legítima defensa.

CONCLUSIONES:

1. El posicionamiento filosófico-político desde el que se configura la legítima defensa como causa de justificación de la conducta ha de ser adecuado a la naturaleza del propio conflicto social que la origina, así como a la naturaleza de los sujetos que participan del conflicto. El contractualismo no es válido como explicación filosófica de la legítima defensa porque las dos soluciones que propone son inadecuadas por las siguientes razones: si se sostiene que en el contrato social no se cede en absoluto el derecho a la defensa propia, según el esquema contractualista, se está diciendo que la resolución de los conflictos inter-subjetivos seguirán caracterizándose por la arbitrariedad y la fuerza; si, por el contrario, se sostiene que el derecho a la defensa propia se cede al soberano junto con el resto de derechos sin más exigencia que la paz y la seguridad, el riesgo de que la arbitrariedad y la fuerza sigan siendo los criterios de resolución de conflictos sociales estará igual de presente, proviniendo en este caso de quien ostenta el poder público. Tampoco resulta adecuada la fundamentación normativista, si por ésta entendemos aquella conceptualización de los conflictos sociales como realidades indiferentes a los justo y lo injusto, adquiriendo su significado jurídico-social a través de las normas. No es adecuada porque para que las normas jurídicas informen las relaciones sociales de modo proporcionado y justo, ha de partir de presupuestos pre-normativos, de datos y principios sociales que existen y rigen lo social con anterioridad a que el ordenamiento jurídico haga de ellos una herramienta elaborada. La propuesta, por tanto, pasa por concebir la sociedad como una exigencia natural del individuo, en cuyo seno se producen conflictos que, si bien es cierto que han de ser resueltos por normas como las causas de justificación, éstas han de encontrar su fundamento y su guía interpretativa en principios materiales presentes ya en el plano social de las relaciones inter-personales.

2. Los principios materiales, presentes en el plano social, son los de responsabilidad y de solidaridad, los cuales tienen una doble función: fundamentan la existencia misma de las causas de justificación y, en el momento de su configuración, sirven a su sistematización y a la resolución concreta de los conflictos que presentan. Su coherencia con el modelo filosófico-político propuesto es plena: si las relaciones sociales han de responder a las exigencias de libertad individual tanto como a las de la sociabilidad natural del individuo, en el plano social la responsabilidad y la solidaridad responden a esas exigencias de modo complementario, como las dos consecuencias principales de la vida en comunidad. Además, encontramos otro argumento de peso a favor de la fundamentación a través de dichos principios: la

solidaridad y la responsabilidad tienen anclaje tanto en la Constitución española como en el Código Penal. En el caso concreto de la legítima defensa, todas las soluciones aportadas a las distintas variables que presentan los conflictos típicos responden a la siguiente lógica: la solidaridad mínima que se exige al agredido es de mayor o menor intensidad en relación a la responsabilidad que se predica del agresor en relación al conflicto. Del lado de la solidaridad exigida se miden diversos factores: si existe alguna posición de garantía con incidencia en el conflicto y si, como sustento de un deber reforzado, la posición relaciona a agresor y agredido. Por otra parte, la responsabilidad del agresor, que afecta como hemos dicho a la solidaridad exigida al agredido, se mide en función de criterios de culpabilidad, de tipicidad subjetiva, de gravedad del bien jurídico lesionado y del tipo de deberes infringidos. En síntesis, la legítima defensa se fundamenta, sistematiza y encuentra sus límites a través de la articulación complementaria de los principios de responsabilidad y de solidaridad.

3. El principio de solidaridad, como fundamento de figuras jurídico-penales, ha recibido un tratamiento doctrinal ciertamente marginal, muy centrado en la dogmática de la omisión y poco relevante respecto a la legítima defensa. Si bien hay autores que le dan relevancia en las causas de justificación, en sus soluciones a los problemas dogmáticos siempre prima el principio de responsabilidad, núcleo fundamental de la teoría de la imputación y con mucho más arraigo dogmático que la solidaridad. Nuestra conclusión tras los análisis realizados es que, en sede de legítima defensa, los enunciados de responsabilidad y de solidaridad describen obligaciones jurídicas de naturaleza idéntica. En ocasiones un sujeto es responsable de otro por un vínculo de solidaridad existente entre ellos y, en otras, un sujeto tiene un deber de solidaridad porque es responsable del curso causal lesivo en el que está inmerso. Partiendo de que ambos principios son los ejes por los que discurren los distintos deberes jurídico-penales, las soluciones a los conflictos defensivos obedecerán al modo concreto en que éstos operan en cada caso.

4. Las primeras variables del análisis de los grupos de casos surgen de la conexión entre la tipicidad subjetiva y/o la culpabilidad del agresor junto con el deber de solidaridad mínima exigido al agresor. Cuanto más responsable es el agresor, menor será el deber de solidaridad exigido al agredido y viceversa. El deber de solidaridad mínima no es, por tanto, un concepto estático, sino que es un criterio de corrección variable que va desde exigir el mínimo respeto por el núcleo esencial del agresor responsable a imponer las reglas del estado de necesidad cuando el agresor tiene una responsabilidad muy mitigada. En el mismo concepto se integran otras

limitaciones a la legítima defensa, como son la provocación, la cual también tiene su anclaje en el principio de responsabilidad, y las agresiones irrelevantes, excluidas del conjunto de agresiones que dan lugar a una defensa en la medida en que se consideran insuficientes para justificar la violencia privada.

5. Además del deber de solidaridad mínima, otra expresión del principio de solidaridad tiene importantes consecuencias en la legítima defensa y sus límites, como son las posiciones de garantía. Estos deberes de solidaridad reforzados se traducen en: 1. Posiciones de garantía institucionales de amparo activo, genéricas y específicas; 2. Posiciones de garantía de origen organizativo, como son los deberes de aseguramiento y los de salvamento. En todos ellos se da la siguiente estructura: un sujeto, por su especial vinculación con otro (institucional o por injerencia), se convierte en responsable de la evitación de daños respecto de otra esfera, ya sea por protección del sujeto garantizado (amparo activo y salvamento) o por asegurar que lo que garantiza (aseguramiento) no produzca daños a otros. La responsabilidad y la solidaridad vuelven a coincidir como fundamento de estos deberes, de modo que se introducen nuevos criterios para la resolución de conflictos defensivos.

6. La incidencia de estas figuras en la legítima defensa, al menos en lo que respecta a nuestro análisis concreto, va en dos direcciones: las posiciones de garantía convierten determinadas omisiones en agresiones antijurídicas ante las que se puede actuar en legítima defensa y, por otro lado, se traducen en una serie de limitaciones a la defensa cuando afectan a los participantes en el conflicto. En cuanto al primer aspecto, tanto la infracción de deberes de amparo activo como de deberes de aseguramiento y de salvamento pueden originar reacciones en legítima defensa en el sentido de que, siempre que exista conexión entre la omisión y el riesgo y que la posición de garantía tenga plena validez, se podrá obligar al sujeto a cumplir su deber de evitación del daño mediante la fuerza. En general, estos casos suelen estar sujetos a juicios prudenciales: se podrá intervenir en quien ostenta la posición de garante siempre que el cumplimiento de su deber sea idóneo y necesario para la evitación del resultado y, por tanto, siempre que todavía ejerza control sobre el foco del riesgo. La posibilidad de reaccionar en legítima defensa contra el garante tiene su fundamento, una vez más, en el principio de responsabilidad cuando es garante por injerencia y en el de solidaridad cuando lo es por razones institucionales. Tanto uno como otro imponen un deber específico de tolerar intervenciones lesivas encaminadas a la evitación de otros resultados lesivos asociados a una omisión culpable del propio garante. Por último, las posiciones de garantía tienen una importante incidencia, poco explorada doctrinalmente, en la

limitación de la legítima defensa cuando el conflicto se da entre personas con vínculos de solidaridad reforzada entre sí. Así sucede, por ejemplo, en las relaciones familiares. En estos casos, el derecho trata de satisfacer dos intereses: el interés institucional, por el que la existencia de estos vínculos es considerada favorable tanto al individuo como a la sociedad, por lo que en ellos recae una especial protección jurídico-penal; y por otro lado, la protección del bien individual puesto en peligro por el agresor. La resolución de estos conflictos sigue la siguiente lógica: cuando la agresión es grave y tiene la significación suficiente para hacer decaer la institución, los límites de la defensa son los generales, es decir, la solidaridad mínima; por el contrario, cuando la agresión no es grave sino que constituye un hecho puntual y no refleja un daño irreversible en la institución, ésta subsiste imponiendo a quien se defiende una serie de limitaciones en forma de deberes de solidaridad reforzada, según las reglas del estado de necesidad.

7. Las ideas principales del trabajo acerca de los deberes de solidaridad y de responsabilidad como fundamento de la legítima defensa y su sistematización son examinadas también en la resolución de grupos de casos de especial complejidad como los conflictos que tienen lugar en relaciones matrimoniales, paterno-filiales y, por último, en casos en que se plantea la tortura como medio defensivo. Respecto a la violencia que tiene lugar entre cónyuges y entre padres e hijos, se extraen las siguientes conclusiones provisionales: tanto la violencia doméstica como la violencia paterno-filial modifican la estructura de las posiciones de garantía, de modo que los límites a la defensa variarán en función de la responsabilidad del agresor en la vulneración de los deberes institucionales; en general, la violencia doméstica desvirtúa los deberes derivados de la responsabilidad institucional, si bien sólo se puede reaccionar contra el agresor respecto de sus ataques concretos y no respecto a la situación genérica que aquella supone. Por otro lado, respecto a las torturas en legítima defensa de terceros por un garante, podemos concluir, a modo de principios de investigación, lo siguiente: el contenido que le demos a la posición de garantía del funcionario policial o del particular incidirá decisivamente en sus posibilidades respecto a la defensa legítima del sujeto garantizado, siendo necesario considerar si, y en qué casos, la tortura puede entrar dentro de las facultades defensivas; y, por último, en la cuestión central sobre la prohibición de la tortura por constituir un modo de instrumentalizar al agresor, los principios de responsabilidad y de solidaridad introducen importantes argumentos para diferenciar casos y, en concreto, para excluir que exista dicha instrumentalización cuando el agresor todavía tiene en su esfera de organización inmediata la posibilidad de evitación del resultado y, por tanto, la evitación de la propia tortura.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Alianza, Madrid, 2ª reimp., 2003.

BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Madrid, Akal, 1998.

BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1994.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, *Omisión e injerencia en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *El enunciado de responsabilidad*, en *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 19, 1996.

HEGEL, G. W. FRIEDRICH, *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona, Edhasa, 1999.

HOBBS, THOMAS, *Del Ciudadano y Leviatán*, Madrid, Tecnos, 2005.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Burgos, Universidad de Burgos, 1999.

- *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Granada, Comares, 1999.

JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho funcional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

JESCHECK, HANS-HEINRICH Y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada, 5ª ed., Comares, 2002.

KANT, INMANNUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Crítica de la razón práctica, La paz perpetua*, México, Porrúa, 2003.

- *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid, Alianza, 2008, p. 116.

LIPOVETSKY, GILLES, *La era del vacío*, Barcelona, Anagrama, 2006.

- *El crepúsculo del deber*, Barcelona, Anagrama, 2005.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2008.

- *Estado, pena y delito*, Buenos Aires, BdeF, 2006.

PALERMO, OMAR, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Barcelona, Atelier, 2006.

PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, *¿Derecho como protección de los más débiles?* en *Vulnerables: penar la fragilidad humana* (coord.: Aquilino Cayuela), Encuentro, Madrid, 2005.

- *La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo*, RECPC, 10-3, 2008
- *Lecciones de Derecho penal-Parte General*, en prensa (2010).

ROUSSEAU, JEAN JAQUES, *Del contrato social, Sobre las ciencias y las artes, Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza, 2003.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del derecho*, Trad. de la 2ª edic. alemana, Madrid, Civitas, 1997.

- *Antiquiridicità e cause di giustificazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.

- "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los art. 195.3 y 195 del Código Penal" en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Manuales de formación continuada 4, Madrid, CGPJ, 1999.
- *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, Barcelona, Atelier, 2006. (VVAA., Dir.: SILVA SÁNCHEZ)

STATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general*, Navarra, Aranzadi, 2000.

SPINOZA, BARUCH, *Tratado Político*, Madrid, Alianza, 2004.

VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Derecho penal y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2005.

