



ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO DEL PROFESOR DR. DR. HC. MÚLT. JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ	9
PRÓLOGO DEL PROFESOR DR. IVÓ COCA VILA	11
NOTA PRELIMINAR	13
ABREVIATURAS	23

INTRODUCCIÓN

Capítulo I CUESTIONES, PROBLEMAS Y OBJETIVOS DE ESTE TRABAJO

§ 1. Presentación	29
§ 2. El estado de necesidad agresivo en el Derecho argentino	38
a) Regulación legal: génesis y evolución	38
b) Las últimas propuestas de modificación	47
1. El Proyecto de 2006	48
2. El Proyecto de 2012	49
3. El Proyecto de 2019	50
c) La opinión de la doctrina nacional	51
d) Primeras impresiones	55
§ 3. Sobre los problemas que enfrentamos	57
a) Presentación de los problemas	57
b) ABC del estado de necesidad agresivo: "el uso" del tercero inocente	68
c) ¿Por qué se sostiene que podemos usar a un inocente?	78
d) Diálogo con Ticio, que está "preocupado por lo que a mí me preocupa"	81
e) Algunas propuestas que justifican y explican mis prevenciones y mis temores	83
1. La de Enrique Gimbernat	83
2. Sobre "justicieros cósmicos" y "cosmopolitas de la igualdad"	84
3. La de Javier Wilenmann	85
§ 4. Objetivo y estructura de esta tesis doctoral	97
a) El estado de necesidad agresivo justificante es una institución definitivamente irregular en un ordenamiento jurídico penal liberal	97
b) Tesis	99
c) Quiero ofrecer una interpretación restrictiva, acorde con su fundamento irregular y excepcional	100
d) Estructura (partes) y orden de este trabajo	101

PRIMERA PARTE

¿POR QUÉ SE NOS PERMITE SALVARNOS A COSTA DE INOCENTES?

Capítulo II

EL FUNDAMENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO JUSTIFICANTE

§ 5. La teoría del interés preponderante o "del mal menor"	107
a) La teoría del interés preponderante como "ley general"	113
b) Crítica a la teoría del interés preponderante	116
1. La crisis de la idea del "bien jurídico"	118
2. El conflicto es "entre personas". Tres autores y la idea de la competencia por el peligro	124
I. Günther Jakobs	124
II. Jesús-María Silva Sánchez	126

III. Francesc Baldó Lavilla	127
3. Ivó Coca Vila: "una aproximación empírica incorrecta y normativamente inasumible"	135
§ 6. Deriva hacia la autonomía y "limitaciones por solidaridad"	135
a) La tesis de la solidaridad	137
1. La solidaridad como lazo intersubjetivo (propuestas de Baldó, de Silva y la propia)	139
2. La solidaridad como prima en un contrato de seguro (Merkel)	144
3. La solidaridad como "garantía de la sociedad solidaria" (Frisch)	145
4. Perspectivas institucionalistas (Pawlik, Silva Sánchez)	147
I. Pawlik: el ciudadano "corresponsable por defecto del principal"	148
II. Silva Sánchez: "La solidaridad como una (cuasi) institución (cuasi) estatal de incidencia subsidiaria"	153
b) Los problemas de la solidaridad como límite	153
1. La solidaridad como "un concepto indefinido"	154
2. La imposición de deberes morales bajo coacción	154
3. Su incidencia en el principio de autonomía individual	155

SEGUNDA PARTE UNA ESTRUCTURA EXTRAÑA E IRREGULAR

Capítulo III

¿POR QUÉ ES EXTRAÑA E IRREGULAR?

§ 7. Legitimidad y espacio margen del estado de necesidad agresivo en un ordenamiento jurídico liberal	159
a) ¿Es legítimo el estado de necesidad agresivo en un ordenamiento jurídico liberal?	159
b) Espacio margen del estado de necesidad agresivo en un sistema de libertades	159
§ 8. La regularidad de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo. La "rareza y excepcionalidad" del estado de necesidad agresivo	162

Capítulo IV

PRIMERA DELIMITACIÓN DE LAS SITUACIONES DE NECESIDAD. Y ¿DE QUÉ LIBERTAD HABLAMOS?

§ 9. Incumbencia por el origen del peligro y dirección de la acción de salvaguarda	171
a) El origen (la fuente) del peligro que amenaza	173
1. La gestión del peligro de parte del necesitado	176
2. El inocente: absoluto irresponsable y absoluto incompetente	177
b) Sujetos responsables por el peligro (responsables plenos y responsables preferentes)	177
c) El necesitado como competente: primero mínimo y luego pleno	185
1. La gestión del peligro de parte del necesitado	187
2. El inocente: absoluto irresponsable y absoluto incompetente	191
d) Excurso: Breve (e incómodo) encuentro con Ticio	192

TERCERA PARTE UN FUNDAMENTO ALTERNATIVO Y LIBERAL — AUTONOMÍA Y DIGNIDAD —

Capítulo V

¿QUÉ LIBERAL ERES?

§ 10. Introducción. Diálogo con Ticio y una carta	197
a) Introducción	197
b) "¿Liberal? Pobre de tí... Y dime, ¿qué liberal eres?"	200

c) Diálogo con Ticio y un acarta	201
1. Encuentro con Ticio, preguntas importantes	201
2. Mi carta a Ticio	203
§ 11. La libertad. ¿Qué libertad? Mill y Kant	209
a) La Libertad clásica (libertad negativa): John Stuart Mili	210
b) ¿Dos conceptos de libertad? La libertad negativa y la libertad positiva	217
1. Isaiah Berlin: dos libertades (o, en rigor, solo una...)	217
2. Amartya Sen: libertad positiva más libertad negativa. El "Liberalismo social o igualitario"	220
c) Lo posible: la libertad negativa. Lo imposible: las dos libertades, o sólo la positiva	222
d) Recalculando y vuelta a casa: Mill	225
§ 12. La dignidad. Immanuel Kant: "¡no me uses, soy persona!"	226
§ 13. Compatibilizando a Mill con Kant	232

Capítulo VI

PRINCIPIOS LIBERALES QUE FUNDAMENTAN Y LIMITAN TANTO EL DERECHO DE SALVAGUARDA COMO EL DEBER DE TOLERANCIA

§14. El punto de partida: la autonomía individual	236
a) ¿Planes de vida moral y/o jurídicamente aceptables e inaceptables?	238
b) La libertad expresiva y la libertad meramente instrumental	244
c) Libres para... responsables por	246
§ 15. El principio fundamental de la dignidad de la persona humana	248
§ 16. Principios liberales fundamentales y configuración del deber de tolerancia como subsidiario, excepcional y mínimo	257
§ 17. Examen de algunos de los casos presentados a la luz de los principios nucleares de la autonomía y de la dignidad	259

Capítulo VII

NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO (Y PENAL) ES ESENCIALMENTE LIBERAL: LIBERTAD NEGATIVA

§ 18. Aproximación normativa	263
a) La Constitución	263
b) La ley penal	266

CUARTA PARTE LA CUESTIÓN DEONTOLÓGICA

Capítulo VIII

DERECHOS PARA UNOS Y DEBERES PARA OTROS

§ 19. Deberes negativos y deberes positivos: evitar el mal y hacer el bien	271
a) La cuestión	271
b) Una alternativa, acaso plausible	276
c) La primacía del deber negativo sobre los positivos. Y de los deberes positivos especiales sobre los generales	278
§ 20. El estado de necesidad agresivo como un "derecho mínimo"	279
a) Introducción: derechos y deberes que nacen de un permiso	279
b) La propuesta de Hohfeld	283
1. La tabla de los correlativos y sus relaciones	286
2. La tabla de los opuestos y sus relaciones	298
c) Dos propuestas complementarias: Niño y Silva	301
1. La propuesta de Carlos Niño	301
2. La distinción de Jesús Silva	303
d) Presentación de las tablas de correlativos y de opuestos: derechos máximos, medios y mínimos/deberes máximos, medios y mínimos	304

§ 21. Aplicación del esquema a lastres situaciones de necesidad justificantes	305
a) Legítima defensa: derecho como pretensión (derecho máximo o fuerte) – deber de tolerancia (deber máximo o fuerte)	305
b) Estado de necesidad defensivo: derecho como privilegio (derecho medio) –deber de tolerancia (deber medio)	305
c) Estado de necesidad agresivo: derecho de injerencia mínimo (como potestad o facultad). Deber de tolerancia mínimo	307

Capítulo IX

CONSECUENCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE UN DEBER MÍNIMO DE TOLERAR

§ 22. Tres consecuencias dogmáticas	311
a) El deber de tolerancia mínimo del tercero inocente	311
b) Limitación máxima de la figura del tercero auxiliador en situaciones de estado de necesidad agresivo	316
c) Deber de reparar el daño al inocente	319
§ 23. Sobre la "solidaridad obligada". O, mejor, sobre el deber de socorro o de auxilio positivo general de sujetos en peligro, art. 108 del CPA	327
a) La ayuda impuesta por la ley penal: ¿un mandato de amor, acaso necesario?	327
b) El art. 108 del CPA	328
c) Límites y alcance del deber activo de socorro del art. 108 del CPA	333
1. ¿Podemos sobrevivir sin el mandato (penal general) del amor?	333
2. ¿Es el deber de socorro activo del art. 108 del CPA, una "cláusula espejo" del deber de tolerancia del inocente en situación de necesidad agresiva?	334
3. ¿Qué tipo de deber impone el deber de socorro del art. 108 del CPA? La vuelta a Hohfeld	336

Capítulo X

«CASUM SENTIT DOMINUS» COMO PRINCIPIO LIBERAL

§ 24. Introducción al "casus"	341
a) "Debo asumir, en principio, lo que me toca. La transferencia es excepcional y subsidiarla"	345
b) Excurso: Diálogo con Ticio "good luck, bad luck". ¿Y si eliminamos la desgracia mediante el reparto?	348
c) ¿Por qué? El fundamento del deber de cargar con aquello nos toca o de las razones para la no transferencia	353
§ 25. El necesitado como "competente": los dos momentos en que se configura ese vínculo con el peligro	357
§ 26. Consecuencias de la competencia del necesitado	363

Capítulo XI

ALTERNATIVA DE FUNDAMENTACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO JUSTIFICANTE Y DEL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO JUSTIFICANTE

§ 27. Autonomía (responsabilidad) y dignidad (respeto)	367
--	-----

QUINTA PARTE
DOGMÁTICA DE UN ESTADO DE NECESIDAD
AGRESIVO MÍNIMO

Capítulo XII

DELIMITACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE UN ESTADO DE NECESIDAD
AGRESIVO MÍNIMO

§ 28. Resultados de la aplicación de los principios de la autonomía individual y de la dignidad: un estado de necesidad agresivo mínimo y un estado de necesidad defensivo crecido o engordado	371
a) Manifestaciones del principio de responsabilidad durante el despliegue de la situación de necesidad	371
b) Manifestaciones del principio de dignidad durante el despliegue de las situaciones de necesidad	374
c) Condiciones a las que hemos supeditado la existencia del permiso subsidiario y excepcional, en forma de derecho como facultad (derecho mínimo), del necesitado en situación de necesidad agresiva	379

Capítulo XIII

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y
SUBJETIVOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD
AGRESIVO

§ 29. Bienes o intereses que pueden ser defendidos y afectados en estado de necesidad: límites	385
a) Defensa de intereses en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo impuestos por los principios de autonomía y de dignidad	387
b) Defensa de intereses en estado de necesidad agresivo y sus límites impuestos por los principios de autonomía y de dignidad	387
c) ¿Defensa de bienes colectivos en estado de necesidad?	388
§ 30. Límites al derecho de necesidad. Esbozo de una teoría general de los bienes personales ordenado por la autonomía y la dignidad	390
a) Bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados ni aun mediando consentimiento	391
1. En estructura de estado de necesidad agresivo	391
2. En estructura de legítima defensa y de estado de necesidad defensivo	391
b) Bienes de los que los individuos pueden ser privados solo con su consentimiento	392
1. En estructura de estado de necesidad agresivo	392
2. En estructura de legítima defensa o de estado de necesidad defensivo	394
c) Bienes de los que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento, en beneficio de otro o del conjunto de la sociedad, siempre y cuando se les procure una compensación adecuada por esa privación	394
1. En estructura de estado de necesidad agresivo	394
2. En estructura de legítima defensa y de estado de necesidad defensivo	395
d) Categoría extraña: bienes de los que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento y sin compensación, si se demuestra que su sacrificio es necesario y eficaz para preservar un bien mayor	395
§ 31. Los requisitos expresamente previstos en la fórmula del art. 34.3 del CPA	395
a) El (super) requisito primero: la situación de necesidad	396
1. El requisito de la necesidad (o de la subsidiariedad)	397
I. La cuestión de la exigencia de "lo absoluto" en la situación de necesidad	400
II. Idoneidad y su valoración	402
III. Adecuación	402
IV. La cuestión de la huida o de la elusión	405
IV. 1. La huida o la elusión no pueden ser un deber jurídico en situaciones de necesidad	405

IV.2. Excepciones: o cuando la huida o la elusión sí pueden constituir deber	407
2. El mal. Concepto de mal	408
I. El mal que amenaza	411
I.1. Peligros provenientes de "naturaleza"	411
I.2. Peligros con origen en una persona. Distinción: sujetos responsables por el peligro; sujetos competentes por el peligro y terceros inocentes.	
Remisión	414
I.3. La cuestión del mal permanente (peligros duraderos)	415
I.4. La miseria existencial y el hambre	417
a. El Derecho inglés	419
b. La subsistencia: un derecho como pretensión	419
c. Análisis y propuesta	423
I.5. El juicio de valoración sobre el peligro que amenaza	431
II. El mal que se causa	431
II.1. La cuestión de la necesidad absoluta del mal que se causa	432
a. En estado de necesidad defensivo: necesidad racional	433
b. En estado de necesidad agresivo: necesidad absoluta	434
II.2. Valoración del mal que se causa	434
II.3. Supuestos de mal que se causa	436
II.4. La cuestión de la llamada "imponderabilidad de la vida humana": distinción	437
b) Requisito segundo: la ponderación de males	439
1. Funciones y alcance del requisito	439
2. Criterios y método del juicio de ponderación para la doctrina en general	440
3. Bases para una nueva propuesta	442
I. Dos circunstancias que no pueden estar ausentes en el juicio de ponderación	442
II. Propuesta	444
4. Excurso. Diálogo con Ticio: "Sobre el talante o la actitud del Derecho"	450
5. Una carta de Ticio	453
c) Requisito tercero: el necesitado debe ser "extraño" al mal que amenaza	454
d) Requisito cuarto: el elemento subjetivo, "por"	456
§ 32. Institutos y requisitos no previstos expresamente	458
a) Institutos no previstos: el auxilio necesario de terceros	458
b) Requisitos no expresamente previstos (pero implícitos)	460
1. El deber de sacrificio	460
2. La llamada "cláusula de adecuación" (remisión):	462
CONCLUSIONES	463
EPÍLOGO CUESTIONES DE DOGMÁTICA PRESENTADAS POR EL PROF. ROBLES PLANAS	475
ÍNDICE SOBRE LAS INTERVENCIONES DEL TRIBUNAL	485
ANEXO I CASOS PRÁCTICOS	487
ANEXO» JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA	499
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	529