

NORMAS PERMISIVAS Y DEBERES DE TOLERANCIA*

PERMISSIVE NORMS AND TOLERATION-DUTIES

JUAN PABLO MAÑALICH R.**

RESUMEN: El artículo propone y desarrolla una concepción “negativa” de las normas permisivas, definidas por su efecto excluyente de algún conjunto de normas prohibitivas, construida sobre la base de un aparato conceptual resultante de un intento de integración de la tradición de la teoría las normas con el discurso de la teoría analítica de la acción y la teoría analítica del derecho. Ello lleva a una crítica de aquellas concepciones según las cuales las normas permisivas reconocidas como causas de justificación podrían servir como fundamentos de “derechos de intervención” y “deberes de tolerancia”. A este respecto, la tesis central del artículo consiste en que tales deberes de tolerancia, definidos como deberes de abstención, solo pueden quedar impuestos por alguna norma de prohibición (no excluida por alguna norma permisiva). Sobre esta base, se ofrece una reconstrucción normológica de la función de la exigencia de “antijuridicidad” de la agresión como presupuesto de la legítima defensa.

Palabras clave: Teoría de las normas, normas permisivas, deberes de tolerancia, legítima defensa.

ABSTRACT: The paper sets forward a “negative” conception of permissive norms, defined by their exclusionary effect with regard to some set of prohibition-norms, built upon a conceptual apparatus which results from an effort to integrate the tradition of the theory of norms with the discourse of analytical action-theory and analytical jurisprudence. This leads to a critique of the conceptions according to which permissive norms recognized as justification-conditions could serve as grounds for “intervention-rights” and “toleration-duties”. In this regard, it is claimed that such toleration-duties, defined as omission-duties, can only be imposed by a prohibition-norm (itself not excluded by a permissive norm). Upon these bases, the article offers a norm-theoretical reconstruction of the requirement that aggression be “unlawful” as precondition of self-defense.

Key words: Norm-theory, permissive norms, toleration-duties, self-defense.

1. INTRODUCCIÓN

En el primer tomo de su monumental *Juristische Prinzipienlehre*, sostiene Bierling:

En particular ha de oponerse un decidido rechazo a la opinión según la cual cada proposición jurídica permisiva sería más que una mera negación de una prohibi-

* El presente artículo ha podido ser elaborado en el contexto de una estadía de investigación posdoctoral realizada en la Universidad de Bonn, financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, y se enmarca en el proyecto FONDECYT (de iniciación a la investigación) N° 11110274. El autor agradece a Guillermo Silva Olivares por su imprescindible colaboración en las correcciones al texto.

** Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile (2004), Doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008), Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl.

ción, por el solo hecho de que ella “prohibiría a otras personas el impedimento de la acción permitida”. En verdad, en la “permisión” de una determinada acción jamás se encuentra, en y para sí, semejante prohibición dirigida a otros. [...] Al respecto ciertamente ha de concederse que, junto a las mencionadas proposiciones jurídicas permisivas, que por sí mismas no hacen más que explícitamente excluir correspondientes prohibiciones [...] que hayan sido establecidas con anterioridad o que pudieran darse por supuestas, en los mismos derechos positivos también pueden existir prohibiciones que se dirijan contra múltiples acciones que pudieran conllevar un impedimento de la ejecución de acciones permitidas por parte de otros. Y en la medida en que ello se dé en el caso particular, naturalmente el impedimento de la acción permitida aparecerá, sin duda alguna, como antijurídico; pero no en virtud de una prohibición contenida en las respectivas proposiciones jurídicas permisivas, sino única y exclusivamente en virtud de la prohibición coexistente o preexistente que es contravenida por la acción impeditiva¹.

Este pasaje contiene las bases para una clarificación del estatus de las normas permisivas, construida sobre la tesis de que estas desempeñarían una función puramente negativa en la determinación del “espacio de juego para la acción” que queda delimitado por algún conjunto de normas prohibitivas². Un desarrollo consistente de esta tesis puede favorecer la identificación precisa de las posiciones deónticas que el discurso de la dogmática jurídico-penal tiende a tematizar por referencia al reconocimiento de una determinada norma permisiva al modo de una “causa de justificación”. En lo que sigue se intentará esbozar el modelo general de una teoría de las normas permisivas que pueda recuperar el hallazgo de Bierling, para después explorar sus consecuencias en pos de una reconstrucción estrictamente normológica de la fundamentación de los así llamados “deberes de tolerancia” relativos a la ejecución de una acción cubierta por una norma permisiva jurídico-penalmente reconocida como causa de justificación.

2. LAS NORMAS PERMISIVAS COMO NORMAS EXCLUYENTES

2.1. PROHIBICIÓN Y PERMISIÓN COMO ESTATUS DEÓNTICOS

Lo primero que interesa examinar es la concepción de las normas permisivas como normas cuyo efecto se reduce, en palabras de Bierling, a “excluir” algún conjunto de normas prohibitivas que en caso contrario determinarían el estatus deóntico de una determinada acción como –precisamente– prohibida. Que Bierling circunscriba el análisis al par constituido por las categorías de norma prohibitiva y norma permisiva se explica por el hecho de que, en los términos del así llamado “cuadrado deóntico”³, los operadores deónticos expresados por los predicados “prohibido” (*verboten*) y “permitido” (*erlaubt*) pueden ser de-

¹ BIERLING (1984) pp. 93 s.

² Acerca del concepto de espacio de juego para la acción y su relevancia para la teoría de las normas, véase PHILIPPS (1974) pp. 15 ss.; también WEINBERGER (1996) pp. 104 ss.

³ Fundamental ya BENTHAM (1970) pp. 95 ss.

finidos como opuestos, al igual que los operadores déonticos expresados por los predicados “ordenado” (*geboden*) y “liberado” (*freigestellt*), que respectivamente determinan el carácter de las normas de mandato y las normas de liberación (*Freistellung*)⁴. En lo que sigue, la atención estará exclusivamente puesta en el primer par de categorías⁵.

Que Bierling atribuya una función puramente negativa a las normas permisivas resulta tanto más notable, una vez que se advierte que él mismo estaba plenamente consciente de la necesidad de distinguir –puesto en terminología moderna– las situaciones correspondientes a una “permisión en sentido fuerte”, por un lado, y a una “permisión en sentido débil”, por otro:

Pero ante todo ha de observarse que también las así llamadas proposiciones jurídicas permisivas, si uno se atiene estrictamente al concepto de permitir, no son más que una especie de proposición jurídica negadora, a saber: aquellas que se dirigen contra una prohibición, esto es, que declaran que esta prohibición “no debe estar asociada a un determinado hecho” o bien “debe caducar con la verificación de un determinado hecho”. Con ello no se está diciendo que el estar-permitido sería completamente idéntico al no-estar-prohibido. Por el contrario; al igual que el rechazo de una determinada síntesis de representaciones en la forma de un juicio negativo, considerado en sentido puramente lógico, es más que el mero hecho de la no realización de tal síntesis, entonces también cada así llamada proposición jurídica permisiva, vista en sentido puramente lógico, es más que el mero hecho de la inexistencia de una prohibición. Solo según su efecto no alcanza ella a ir más allá que el reconocimiento de que la acción “permitida” no se enfrenta a prohibición alguna. Sin embargo, la proposición jurídica permisiva no es solo expresión de semejante reconocimiento, sino al mismo tiempo una exigencia del derecho y así por sí misma una razón jurídica suficiente para el reconocimiento de que determinadas prohibiciones no valen dentro de un determinado ámbito o bajo determinados presupuestos; pero el resultado práctico es exactamente el mismo que se sigue de cada reconocimiento (independientemente de cómo se obtenga) de la inexistencia o falta de validez de una prohibición en el caso dado⁶.

Lo que Bierling entiende como la mera inexistencia de una prohibición bajo la cual sea subsumible la acción φ se corresponde exactamente con una permisión en sentido débil: la acción φ cuenta como permitida en sentido débil por el simple hecho de no encontrarse

⁴ Esto supone favorecer la adopción de un concepto unilateral de permisión, en términos del cual el estatus déontico de la permisión solo es incompatible con el de la prohibición, no así con el del mandato. Véase en este sentido HRUSCHKA/JOERDEN (1987) pp. 93 ss., 106 ss.; JOERDEN (2010) pp. 203 ss.

⁵ Valga aquí una observación en cuanto a la ambigüedad sistemática que tienden a exhibir los términos “prohibición” y “permisión”, los cuales pueden designar: a) los operadores déonticos que definen el carácter de las normas pertenecientes a una y otra clase; b) las normas de una y otra clase en tanto tales; y c) el estatus déontico de una acción particular subsumible bajo alguna norma de una u otra clase. Véase VON WRIGHT (1963) p. 85. Ello no resulta problemático, en la medida en que el contexto vuelva reconocible en qué sentido están siendo usados esos términos.

⁶ BIERLING (1984) p. 93.

sometida a norma prohibitiva alguna⁷. Lo cual se contrapone a la situación en que la acción ϕ resulta cubierta por una norma permisiva, que es precisamente lo que distingue a una acción que cuenta como permitida en sentido fuerte⁸. Pero la distinción deja intacto el hecho de que, en palabras de Bierling, “el resultado práctico es exactamente el mismo”. El punto admite ser formulado con mayor precisión. Los predicados “permitido en sentido débil” y “permitido en sentido fuerte” **expresan** uno y el mismo estatus deóntico, en la medida en que los operadores deónticos de la prohibición y la permisión sean interdefinibles: “permitido” significa “no prohibido”, y “prohibido” significa “no permitido”. Por vía de un ejemplo célebre: el significado del adjetivo “permitida” en el contexto de la oración “la acción consistente en matar a otro ser humano en legítima defensa se encuentra permitida”, es exactamente el mismo significado que exhibe ese adjetivo en el contexto de la oración “la acción consistente en matar a un mosquito se encuentra permitida”. El reconocimiento de esta equivalencia semántica es el mérito indiscutible de la así llamada “teoría de los elementos negativos del tipo”¹⁰.

Pero la constatación de esta estricta equivalencia semántica no afecta la posibilidad de reconocer, al mismo tiempo, una diferencia **pragmática** entre una y otra variante de caracterización de una acción como permitida. Pues la fundamentación del estatus deóntico de una acción como permitida en sentido fuerte depende de la **invocación** de una norma permisiva bajo la cual esa acción resulta subsumible. En términos lógicos, esto implica que el predicado “permitido en sentido fuerte” no se encuentra en relación de contradicción, pero tampoco de contrariedad, con el predicado “prohibido”¹¹. No se trata de términos contradictorios, porque el hecho de que una acción no cuente como prohibida no implica que esa misma acción cuente como permitida en sentido fuerte —precisamente porque ella puede contar como permitida (“solo”) en sentido débil¹²—. Y tampoco se trata de términos contrarios, porque una y la misma acción precisamente podría contar como prohibida y como permitida en sentido fuerte, en la medida en que se acepte la posibilidad (lógica) de una colisión entre normas que imponen estatus deónticos incompatibles sobre una y la misma acción. Lo cual significa que, en contra de la sugerencia de Von Wright, el hecho de que una acción se encuentre permitida en sentido fuerte no implica que ella se encuentre permitida en sentido débil¹³.

⁷ Véase VON WRIGHT (1963) pp. 85 ss.; ALCHOURRÓN/BULYGIN (1971) pp. 119 ss.; ALCHOURRÓN/BULYGIN (1984) pp. 349 ss.; WEINBERGER (1977) pp. 176 ss., 197 ss.; ATIENZA/RUIZ MANERO (2004) pp. 124 ss.

⁸ El desconocimiento de la distinción es característico de las críticas experimentadas por la concepción de Bierling de parte de sus contemporáneos. Véase por ejemplo BINDING (1922) p. 103, nota 7.

⁹ Véase ALCHOURRÓN/BULYGIN (1971) pp. 120, 123; ALCHOURRÓN/BULYGIN (1984) pp. 353 s., quienes han demostrado que esto último es independiente del carácter abierto o cerrado del respectivo sistema normativo. Véase empero VON WRIGHT (1972) pp. 82 ss., 85.

¹⁰ Al respecto NEUMANN (2012) pp. 419 ss. Fundamental en la discusión en lengua castellana, ORTIZ DE URBIANA (2008) *passim*.

¹¹ ALCHOURRÓN/BULYGIN (1971) p. 123. Sobre las relaciones lógicas de contradicción y contrariedad, véase JOERDEN (2010) pp. 7 ss.

¹² ALCHOURRÓN/BULYGIN (1984) pp. 352 s.

¹³ Véase VON WRIGHT (1963) p. 86. Como mostraran ALCHOURRÓN/BULYGIN (1984) pp. 350 ss., 354 s., Von Wright alcanza esa conclusión tras ofrecer —aparentemente sin advertirlo— dos definiciones alternativas del con-

La invocación de una norma permisiva es enteramente irrelevante para la fundamentación del estatus deóntico de una acción como permitida en sentido débil, lo cual se reduce a la constatación de que no existe norma alguna bajo la cual esa acción resulte prohibida¹⁴. Precisamente por esto, los predicados “prohibido” y “permitido en sentido débil” sí cuentan como términos contradictorios. Pragmáticamente considerada, la situación en que se encuentra alguien que ejecuta una acción permitida en sentido débil es una en la cual ni siquiera *prima facie* existe una base normativa para un posible juicio peyorativo a su respecto¹⁵. Frente a esto, la posible existencia de semejante base normativa justamente caracteriza a la situación en la que alguien ejecuta una acción permitida en sentido fuerte: aquí la correspondiente norma permisiva puede fungir, entonces, como una base o “causa” de justificación¹⁶. El desconocimiento de esta diferencia pragmática –en tanto concerniente a la fundamentación (discursiva) del carácter respectivamente permitido de una acción en una y otra situación– es el defecto capital de la ya mencionada teoría de los elementos negativos del tipo¹⁷.

cepto de permisión en sentido fuerte, solo la primera de las cuales, empero, sirve de premisa a esa conclusión. La primera definición reza como sigue: una acción cuenta como permitida en sentido fuerte “si no está prohibida, pero sometida a norma”; mientras que la segunda: una acción cuenta como permitida en sentido débil “si la autoridad ha considerado su estatus normativo y ha decidido permitirla”. La diferencia se explica por la primera cláusula del *definiens* de la primera definición, que carece de correlato en la segunda definición. De acuerdo con esta, el hecho de que la acción ϕ se encuentre sometida a una norma permisiva es compatible con el hecho de que la acción ϕ sea igualmente subsumible bajo una norma prohibitiva. La segunda definición, en otros términos, resulta compatible con la posibilidad de una colisión entre una norma prohibitiva y una norma permisiva pertenecientes a un mismo sistema normativo (que en tal medida no exhibirá la propiedad de la consistencia), con total independencia de cuál sea la solución de la antinomia en cuestión. La primera definición, en cambio, presupone ya una solución de la eventual antinomia a favor de la norma permisiva, tal como ello es sugerido por BIERLING (1894) p. 93, al sostener que una norma permisiva, en atención a su efecto, “no alcanza a ir más allá que el reconocimiento de que la acción ‘permitida’ no se enfrenta a prohibición alguna”. Sobre el problema véase también ATIENZA/RUIZ MANERO (2004) pp. 120 s., nota 3.

¹⁴ WEINBERGER (1977) pp. 202 ss.

¹⁵ Sobre la correspondiente metáfora cronológica, reconocible en la recurrente afirmación de que en el caso de una permisión en sentido débil “desde el comienzo” no habría base alguna para la prohibición de la acción en cuestión, véase ORTIZ DE URBINA (2008) pp. 22 ss., a propósito de lo que este críticamente caracteriza como la adopción de una “perspectiva temporal”. La metáfora se deja entender por contraposición a un caso de permisión en sentido fuerte, en el sentido de una diferenciación de la situación anterior y la situación posterior a la solución de la eventual colisión entre una norma prohibitiva y una norma permisiva. Véase ALCHOURRÓN/BULYGIN (1984) p. 351. Nótese, por lo demás, que la jerga según la cual la norma prohibitiva desplazada contaría como una razón *prima facie* es igualmente dependiente de que la eventual antinomia se presente como “todavía” no resuelta. Pues si la antinomia es resuelta a favor de la (aplicabilidad de la) norma permisiva, la norma prohibitiva se encontrará en efecto **excluida** como razón para la omisión de la acción respectiva, mientras que si es resuelta a favor de la norma prohibitiva, entonces esta contará como una razón **definitiva** para la omisión de esa misma acción.

¹⁶ Véase KINDHÄUSER (1989) pp. 106 ss.; KINDHÄUSER (1994) pp. 339 ss., 346 ss.; RENZIKOWSKI (1988) pp. 24 ss.

¹⁷ Véase NEUMANN (2012) pp. 426 ss. Valga la precisión aquí de que la crítica afecta la construcción sustantiva de la así llamada “teoría de los elementos negativos del tipo” en el sentido de una teoría del “tipo total de injusto”, y no así la construcción lógico-formal de la misma, tal como esta es presentada por MINAS-VON SAVIGNY (1972) pp. 34 ss., 39 ss., 75 ss., 92 ss., 101 ss. Al respecto véase RENZIKOWSKI (1988) pp. 132 ss.; también ORTIZ DE URBINA (2008) pp. 16 ss.

A pesar de advertir la necesidad de distinguir la situación en la cual una acción resulta permitida por no encontrarse sometida a norma prohibitiva alguna, por un lado, de la situación en la cual una acción resulta permitida por estar cubierta por una norma permisiva, por otro, Bierling se muestra al mismo tiempo inclinado a confundirlas, en su intento por reforzar su concepción de las normas permisivas como normas puramente excluyentes:

Quizá la mejor comprobación de la naturaleza puramente negativa de todas las proposiciones jurídicas meramente permisivas se encuentre por cierto en el hecho de que la negación de una proposición jurídica permisiva –como doble negación– siempre y por sobre todo resulta en una correspondiente prohibición; la declaración de que cierta acción no debe estar permitida no puede significar otra cosa que prohibir esta acción¹⁸.

Bierling confunde aquí la implicación de la negación de una permisión en sentido fuerte con la implicación de la negación de una permisión en sentido débil. Pues solo la constatación de que una acción no se encuentra permitida en sentido débil equivale a la constatación de que esa acción se encuentra prohibida, dado que “prohibido” y “permitido en sentido débil” son términos contradictorios. La negación de que una acción resulta cubierta por norma permisiva alguna, en cambio, no necesariamente “resulta en una correspondiente prohibición”, precisamente porque esa misma acción puede contar como permitida en sentido débil¹⁹. La mera constatación del carácter interdefinible de los operadores deónticos de la prohibición y la permisión, por ende, no alcanza a producir una clarificación del estatus de las normas permisivas.

2.2. EL EFECTO EXCLUYENTE DE LAS NORMAS PERMISIVAS

Lo anterior vuelve necesario indagar en los méritos de la caracterización de las normas permisivas como normas cuya función se reduce a la exclusión de una o más normas prohibitivas²⁰. Bierling advierte la aparente dificultad que tal concepción trae consigo de

¹⁸ BIERLING (1894) p. 97.

¹⁹ Para rescatar el punto implícito en la observación de Bierling, evitando incurrir en la falacia ya detectada, cabría modificar la pregunta, imprimiéndole un “giro pragmático”, a saber: en vez de preguntar(nos) qué es lo que hace alguien que emite una oración del tipo “no existe una norma que permita la acción φ ”, podríamos preguntar(nos) qué es lo que hace alguien que emite una oración del tipo “la acción φ no se encuentra permitida”. Si la emisión de esta oración es entendida como un enunciado normativo, a través del cual el hablante provee información acerca del estatus deóntico de una acción –véase infra, 2.4.–, parecería natural interpretarla como la afirmación de que la acción φ se encuentra prohibida. Pero esto tampoco resulta demasiado interesante, dado que lo mismo cabría decir, *mutatis mutandis*, de la emisión de una oración del tipo “la acción φ no se encuentra prohibida”: asumiendo que a través de ella el hablante efectúa un enunciado normativo, lo más obvio sería interpretarla como la afirmación de que la acción φ se encuentra permitida.

²⁰ A este respecto, Bierling parece emerger, con matices, como un precursor de la concepción de las normas permisivas elaborada por Raz, bajo la cual una norma permisiva se limitaría a excluir algún conjunto de normas de prohibición respecto de un determinado universo de acciones posibles, sin constituir a su vez razón (“positiva”) alguna para su eventual ejecución. Véase RAZ (1990) pp. 89 ss., 95 ss., según quien una “permisión excluyente” habría de entenderse como una norma que se encuentra en un nivel lógico superior respecto de las normas de prohibición susceptibles de verse excluidas por aquella; al respecto MAÑALICH (2009a) pp. 80 ss., 86 ss.

cara a la distinción entre la noción de una norma permisiva, por un lado, y la noción de una norma (“simplemente”) derogatoria, por otro²¹. En sus términos, las normas permisivas constituirían una subespecie de “proposiciones jurídicas (parcialmente) negativas”, que a su vez constituirían una especie de “proposiciones jurídicas modificatorias”²². Así, lo distintivo de una norma permisiva consistiría en su efecto de modificación, por vía de “negación parcial”, del contenido de una o más normas prohibitivas, cuya respectiva “validez formal”, empero, no se vería afectada por la modificación en cuestión, en circunstancias de que sería precisamente una supresión de la validez formal de una o más normas lo que caracterizaría a una norma (“simplemente”) derogatoria²³.

Esta articulación de la distinción dista de ser conceptualmente satisfactoria. Por una parte, la noción de una modificación “en el contenido” de aquellas normas prohibitivas de cuya exclusión en virtud de la respectiva norma permisiva se trata está lejos de ser analíticamente prolija. Pues aun cuando se la caracterice como una norma dependiente, una norma permisiva no puede modificar el “contenido” de una o más normas prohibitivas, desde ya porque el contenido —léase: el contenido semántico— de una norma cualquiera es un criterio decisivo para su individuación como tal, esto es: para su individuación como *esa* norma y no otra²⁴. Y de ello depende, a su vez, la identificación de una norma permisiva como una norma que pueda operar excluyendo —entre otras— *esa* norma prohibitiva²⁵. Así, la permisión de la legítima defensa no puede modificar el contenido semántico de la prohibición del homicidio, constituido por la descripción “matar a otro”, pues solo en atención a la norma prohibitiva así identificada tiene sentido reconocer el eventual efecto excluyente de la norma permisiva en cuestión²⁶. Por otra parte, si bien es un mérito de Bierling la clara articulación de una noción de norma derogatoria definida por un efecto de privación de “validez formal” de una o más normas, el aparato conceptual de su teoría general del derecho aún no le hacía posible reconocer que los conceptos de derogación y permisión pertenecen a niveles lógicos distintos: por “derogación” cabe entender el resultado de una acción institucional —o más precisamente: de un acto de habla institucionalmente ligado—, consis-

Que esto no necesariamente se sigue de la caracterización de las normas permisivas como “normas dependientes” à la Bierling, es algo que se intentará demostrar a lo largo del argumento desarrollado en el texto principal.

²¹ Véase BIERLING (1894) pp. 92, 97 ss.

²² BIERLING (1894) pp. 88 ss.

²³ Véase a este respecto WEINBERGER (1998) pp. 427 ss., 430 ss., quien ofrece una definición del concepto (normativo) de permisión por referencia a una “capacidad derogatoria” de normas que imponen obligaciones. Si la expresión “capacidad derogatoria” es sustituida por “fuerza excluyente”, la concepción de Weinberger resulta más próxima a la de Bierling que la de Raz.

²⁴ Fundamental al respecto BLACK (1962) pp. 95 ss., 99 ss.

²⁵ Esto no cambia si se acepta la versión de la teoría de los elementos negativos del tipo elaborada por MINAS-VON SAVIGNY (1972) pp. 75 ss., en el sentido de que el conflicto entre dos normas que imponen estatus deónticos (o consecuencias jurídicas) incompatibles sobre una misma acción tendría que resolverse por la vía de convertir el conjunto de condiciones de aplicabilidad de una de las normas en una condición negativa de aplicabilidad de la otra. Véase al respecto ORTIZ DE URBINA (2008) pp. 20 ss. Pues la viabilidad de semejante método de solución de la colisión presupone ya una individuación de una y otra norma. Así KINDHÄUSER (2010a) pp. 494 ss.

²⁶ En este sentido ya BINDING (1918) pp. 307 ss., en su crítica a la teoría de los elementos negativos del tipo. Véase también KAUFMANN (1954) pp. 241 ss.

tente en la supresión de la validez de una o más normas, con lo cual deja de tener sentido, por lo demás, hablar de una “norma” derogatoria²⁷.

Lo anterior no obsta a que Bierling tenga razón en procurar resistir el colapso de la noción de permisión en la noción de derogación. El problema se disipa una vez que se advierte que el efecto excluyente de una norma permisiva respecto de alguna norma prohibitiva es dependiente de que exista una superposición de sus correspondientes contenidos semánticos. Esto es indispensable para poder caracterizar la relación entre una prohibición y una permisión como una “antinomía”, esto es, como una colisión de normas²⁸. Pues si el operador “permitido” es definido como equivalente a “no prohibido”, solo será posible reconocer una colisión entre una norma prohibitiva y una norma permisiva en la medida en que al menos una acción particular satisfaga el contenido semántico de una y otra. Así, respecto de una acción que simultáneamente satisface la descripción “matar a otro” y la descripción “defenderse frente a una agresión antijurídica de modo racionalmente necesario”²⁹, una exclusión de la prohibición del homicidio condicionada por la permisión de la legítima defensa determinará que la aplicabilidad de la primera norma se vea **situacionalmente** suspendida, quedando así neutralizada como fundamento de un eventual deber de omitir esa acción³⁰. Precisamente el carácter situacional de tal efecto excluyente (= suspensivo-de-aplicabilidad) explica que Bierling insista en caracterizarlo al modo de una negación **parcial**. Pues si la superposición de los ámbitos de aplicabilidad de una norma prohibitiva y de una norma permisiva alcanzase a ser total, y se asume que la correspondiente antinomia siempre hubiese de ser resuelta a favor de la segunda, entonces dejaría de haber casos en los cuales

²⁷ Véase ATIENZA/RUIZ MANERO (2004) pp. 88 ss. (aunque equiparando los efectos de la “derogación tácita” a los de la derogación expresa). La premisa decisiva para ello está constituida por la tesis de que el concepto de derogación (expresa) pertenece al mismo nivel lógico que el concepto de promulgación. Véase al respecto VON WRIGHT (1963) pp. 189 ss., 191; WEINBERGER (1977) pp. 191 ss., 203 ss.; ALCHOURRÓN/BULYGIN (1971) pp. 393 ss.; FERRER/RODRÍGUEZ (2011) pp. 96 ss.; también BASCUÑÁN (2000) pp. 234 ss., quien sugiere que por “derogación (expresa)” habría que entender una acción (o un efecto) de “despromulgación”; más radicalmente aún SCHMILL (1996) p. 233: “La derogación es una parte del acto de establecimiento de la norma, en el que se completa el ámbito temporal de validez por lo que se refiere a su fecha final de vigencia”.

²⁸ Véase infra, 3.1.

²⁹ Aquí cabe dejar a un lado la exigencia de que la agresión antijurídica no haya sido (“suficientemente”) provocada por el autor de la acción defensiva, la cual puede ser entendida como la formulación de una incumbencia cuyo incumplimiento determina que el agente quede privado del permiso fundamentado por esa misma norma, la satisfacción de cuya condición de aplicación él mismo ha (deslealmente) manipulado. Véase en este sentido KINDHÄUSER (1989) pp. 115 ss.; análogamente HRUSCHKA (1988) pp. 371 ss., 381 ss., quien recurre a una reformulación de la categoría de la *actio illicita in causa*: no se trata de que la antinormatividad sea predicable de la *actio praecedens* representada por la provocación de la agresión, sino de que tal *actio praecedens* fundamenta una “excepción a la regla según la cual una acción defensiva que satisface los demás presupuestos del § 32 del StGB cuenta como justificada”. Ello deja intacta la posibilidad de que la acción defensiva ejecutada por el provocador pueda resultar permitida *sub specie* estado de necesidad defensivo. Así HRUSCHKA (1988) pp. 376 ss.; KINDHÄUSER (1989) pp. 117 ss.

³⁰ En este sentido BIERLING (1894) p. 180; véase también KAUFMANN (1954) p. 256, quien al sostener que lo permitido sería la ejecución de una acción prohibida, empero, precisamente desconoce las implicaciones de una definición de “permitido” como equivalente a “no prohibido”: bajo el respectivo sistema de normas no hay diferencia alguna entre el estatus deóntico de una acción consistente en matar un mosquito y una acción consistente en matar a otro en legítima defensa. Véase KINDHÄUSER (1989) pp. 108 ss.; NEUMANN (2012) pp. 424 ss.

esa norma de prohibición pudiera resultar en definitiva aplicable, lo cual equivaldría –hablando impropriadamente– a su “derogación tácita”³¹.

2.3. ¿NORMAS COMO IMPERATIVOS?

Hasta aquí no se ha tenido en cuenta que la concepción de las normas permisivas como normas puramente excluyentes, propuesta por Bierling, se enmarca en un modelo general de teoría de las normas, que se construye sobre una concepción moderadamente imperativista del derecho³². Se trata de una concepción imperativista, porque Bierling efectivamente sostiene las dos siguientes tesis. Primero: toda norma jurídica constituye un imperativo –aun cuando no necesariamente una orden–, en el sentido preciso de que toda norma jurídica admitiría ser expresada, sin distorsión, a través de una oración construida en el modo imperativo³³. Y segundo: todo sistema jurídico está compuesto única y exclusivamente por normas, definidas estas con arreglo a la tesis precedente³⁴. Pero se trata, al mismo tiempo, de una concepción moderadamente imperativista, porque Bierling reconoce que no toda norma jurídica se deja reconstruir como una norma que exige la omisión o la ejecución de una acción de cierta clase, esto es, como una norma de prohibición o de mandato, respectivamente. Esto explica que el modelo de Bierling llegue a ser caracterizado como una variante de imperativismo dualista³⁵, por oposición a un imperativismo monista como el defendido por Hold von Ferneck³⁶, que se distingue por la adopción de una aproximación nihilista al concepto de norma permisiva en tanto posible categoría de una ontología del derecho³⁷.

Bierling propone una distinción entre normas independientes y normas dependientes, entendidas estas últimas como normas “que solo tienen sentido en relación con otras normas simultáneamente existentes”³⁸. Mientras que una norma de prohibición o de man-

³¹ El concepto de derogación tácita debe ser entendido metafóricamente: la “derogación” tácita de una norma precisamente no cuenta como una “despromulgación”, sino como una suspensión total de su aplicabilidad, de modo tal que ella conserva su pertenencia al sistema jurídico de referencia. En este sentido HECKMANN (1997) pp. 163 ss., 166 ss., 170 ss., quien correctamente caracteriza el efecto de la solución de una antinomia resultante en la “derogación” tácita de una norma como una mera suspensión de su aplicabilidad. Al respecto BASCUÑÁN (2000) pp. 236 ss., 249 ss., sobre la base de la distinción entre validez-como-pertenencia (a un determinado sistema jurídico) y validez-como-aplicabilidad; para esto último véase ya BULYGIN (1991) pp. 195 ss.; latamente al respecto FERRER/RODRÍGUEZ (2011) pp. 47 ss., 58 ss. Véase empero WEINBERGER (1977) pp. 191 ss., 203 ss.; ALCHOURRÓN/BULYGIN (1984) pp. 367 ss., quienes se inclinan por identificar la fuerza de una norma permisiva con la de una “derogación” (de la respectiva norma prohibitiva). Análogamente ATIENZA/RUIZ MANERO (2004) pp. 126 ss., 130 ss., según quienes la promulgación de una norma permisiva cuyo contenido semántico fuese coextensivo con el de una norma prohibitiva preexistente resultaría “pragmáticamente equivalente al dictado de una disposición derogatoria”. Acerca de la ambigüedad del término “derogación” en este contexto, véase también FERRER/RODRÍGUEZ (2011) pp. 176 ss.

³² BIERLING (1894) pp. 71 ss., 133 ss.

³³ BIERLING (1894) pp. 27 ss.

³⁴ BIERLING (1894) pp. 30 ss.

³⁵ Véase MINAS-VON SAVIGNY (1972) pp. 35 ss., quien yerra, sin embargo, al atribuir sin más a Bierling la tesis de que lo distintivo de las proposiciones jurídicas dependientes sería que ellas “no contienen imperativos”.

³⁶ HOLD VON FERNECK (1903) pp. 98 ss., 104 ss., 281 ss., 301 ss.

³⁷ HOLD VON FERNECK (1903) p. 128: “En ningún lugar ejerce el derecho la función de ‘permitir’”.

³⁸ BIERLING (1894) p. 71.

dato siempre contaría, *eo ipso*, como una norma independiente³⁹, en tanto inmediatamente funcional a la realización de la finalidad “regulativa” (o directiva) del respectivo sistema jurídico⁴⁰, toda norma de cualquiera otra clase contaría como una norma dependiente, en el sentido ya indicado. Según Bierling, lo que justificaría atribuir el estatus de imperativos a semejantes normas dependientes sería el hecho de que estas exigirían ser “tomadas en consideración”, esto es, “ser puestas en aquella relación que les es propia con otras normas”⁴¹. Esta especificación del carácter supuestamente imperativo de tales “normas dependientes” muestra lo deficitaria que resulta una concepción imperativista del derecho. A diferencia de una norma independiente, que exigiría la ejecución o la omisión de una acción de cierta clase, una norma dependiente meramente exigiría ser “tomada en consideración” –esto es, ser tomada en cuenta precisamente como una norma dependiente–, con lo cual la especificación de su carácter imperativo termina siendo circular.

El problema queda de manifiesto si se pregunta por la caracterización de las normas permisivas así obtenida. Bierling introduce una subdistinción entre normas formalmente dependientes y normas materialmente dependientes. Bajo la primera categoría caerían las normas de reenvío a otras normas, así como –según ya se anticipara– las normas simplemente derogatorias de otras normas; bajo la segunda categoría, que admitiría ser redefinida como constituida por “normas (materialmente) modificativas-de-otras-normas”, caerían las normas que-desarrollan-conceptualmente-otras-normas (o normas “positivamente modificativas”), así como las normas “negativas-de-otras-normas (o normas “negativamente modificativas”)⁴². Las normas permisivas constituirían una subespecie de normas negativamente modificativas –y más específicamente: parcialmente negativas–, en tanto excluyentes de un determinado conjunto de normas prohibitivas. El problema está en que ello vuelve especialmente oscura la tesis de que semejantes normas puramente excluyentes de algún conjunto de prohibiciones igualmente exhibirían, no obstante, el estatus de imperativos. En palabras de Bierling:

De un lado, el significado práctico de una norma jurídica simplemente permisiva solo radica en la expresa negación parcial (en vez de la mera inexistencia) de normas jurídicas contradictorias. De otro lado, el deber-ser, que también se presenta como el contenido de una norma jurídica permisiva, solo se dirige a la realización de una operación puramente mental y bien puede [...] ser considerado como un deber en sentido amplio, a saber, como un “deber de tener en cuenta que, bajo determinados presupuestos, algunas prohibiciones jurídicas no deberían tener validez”, pero nunca

³⁹ En términos de RAZ (1990) pp. 32 ss., se trata de normas que cuentan como razones operativas, en el sentido de que una norma tal provee la premisa de la correspondiente inferencia práctica, cuya aceptación implica la adopción de una “actitud crítico-práctica” que se expresa en la conclusión de esa misma inferencia.

⁴⁰ BIERLING (1894) p. 87.

⁴¹ BIERLING (1894) p. 72. Lo cual sugiere que la noción de norma dependiente *à la* Bierling solo parcialmente se corresponde con la noción de regla secundaria *à la* Hart. Acerca de esto último véase MAÑALICH (2012) pp. 579 ss.

⁴² BIERLING (1894) p. 88.

por sí mismo solamente como un verdadero y pleno deber jurídico, porque jamás puede ser considerado como un deber para un determinado hacer u omitir exterior⁴³.

El pasaje vuelve manifiesto el compromiso de Bierling con una concepción solo moderadamente imperativista de “las piezas del derecho”. Pues Bierling concede que el “deber” supuestamente impuesto por la respectiva norma permisiva solo impropriamente podría ser tenido por tal⁴⁴. Ello se ve reforzado por una precisión introducida por Bierling inmediatamente a continuación, en el sentido de que el derecho (subjetivo) correlativo a este “deber en sentido amplio”, tratándose de normas estatalmente producidas, no podría tener como titular a la persona que cuenta como destinataria de la correspondiente permisión. Antes bien, este derecho correlativo al deber de tener en cuenta que determinadas normas prohibitivas, bajo ciertos presupuestos, dejan de exhibir “validez” –más precisamente: aplicabilidad situacional– tendría como titular al Estado, con lo cual ese “derecho” (subjetivo) no sería más que una expresión de la pretensión estatal de sujeción generalizada al derecho (objetivo)⁴⁵. Esto resulta especialmente difícil de conciliar con el hecho de que el efecto de una norma permisiva se reduzca a la exclusión de algún conjunto de normas prohibitivas. Pues desde el punto de vista de la pregunta por la identificación de los destinatarios de una norma permisiva así entendida, parece claro que semejante concepción descansa en la hipótesis de que tendría que ser posible reconocer una superposición (siquiera parcial) entre el universo de los destinatarios de una norma permisiva y el universo de los destinatarios de una o más de las normas prohibitivas susceptibles de resultar excluidas por aquella.

La depuración de una concepción de las normas permisivas como normas puramente excluyentes de una o más normas prohibitivas exige renunciar al compromiso con una concepción imperativista del derecho. Un avance en esta dirección es reconocible en el modelo de teoría de las normas elaborado por Binding, que se distingue por un rechazo de la segunda de las dos tesis –ya mencionadas– cuya conjunción convierte el modelo de Bierling en uno imperativista. A diferencia de este, Binding niega que un sistema jurídico

⁴³ BIERLING (1894) p. 179.

⁴⁴ A este respecto, la tesis de Bierling se ve expuesta a la objeción que Binding –en su recensión de la monografía de THON (1878)– dirigiera en contra de la tesis de que toda proposición jurídica exhibiría el estatus de un imperativo: a esta tesis subyacería una confusión del carácter específicamente imperativo –en el sentido de constituir una “orden” (*Befehl*)– que distinguiría a las “normas” como especie de proposiciones jurídicas con carácter obligante, por un lado, con la genérica declaración de voluntad (referida al correspondiente “pensamiento jurídico”) implicada en la puesta en vigor de cualquier proposición jurídica en tanto marca de su pretensión de validez, por otro. Véase BINDING (1915) pp. 527 ss., 530, quien a propósito del así llamado “mandato de ley” (*Rechtsbefehl*) en tanto *terminus technicus* sostiene: “No es una orden en lo absoluto: es una declaración de voluntad solemne de que algo que hasta entonces no era derecho debe de ahora en adelante portar la cualidad de la proposición jurídica”. Al respecto, véase también BINDING (1885) pp. 197 ss. Con ello, Binding aparece anticipando una concepción propiamente institucionalista de la legislación, lo cual explica la (injustificada) crítica que le fuera dirigida por partidarios de una comprensión imperativista del concepto de *Rechtsbefehl*. Una muestra sumamente representativa de esto último se encuentra en BIERLING (1883) pp. 336 ss. Notablemente, una tesis enteramente similar a la criticada por Binding aparece en el reciente intento de IORIO (2011a) pp. 113 ss., por demostrar el carácter latentemente prescriptivo –en el sentido de “imperativo”– que exhibirían las reglas (que establecen medidas) de precaución (*Vorkehrungsregeln*), así como de las reglas de procedimiento.

⁴⁵ BIERLING (1894) pp. 179 ss.

esté exclusivamente compuesto por “normas”, puesto que a su juicio sería imprescindible reconocer la existencia de (auténticas) proposiciones jurídicas que no exhibirían el estatus de tales⁴⁶. Este sería el caso tratándose de las así llamadas “autorizaciones” (*Gewährungen*), entendidas como proposiciones jurídicas que –bajo una primera formulación– indican qué puede ser hecho lícitamente⁴⁷, o bien que –bajo una segunda formulación– confieren un derecho a ejecutar una acción de cierta clase⁴⁸. El hecho de que Binding haya ofrecido dos definiciones alternativas y heterogéneas del término “autorización” sugiere una confusión de las nociones de permiso y derecho (subjeto)⁴⁹. Pero lo que interesa por el momento es lo siguiente: en la medida en que bajo una “autorización” pueda quedar comprendida una acción al mismo tiempo subsumible bajo una norma prohibitiva, la existencia de la primera proposición jurídica volvería verdadera la caracterización de esa norma prohibitiva como “una regla con excepciones”⁵⁰.

No está de más precisar aquí que, a diferencia de Bierling, Binding no puede validar la terminología misma de “**normas** permisivas”. Pues Binding, aun cuando rechazando la segunda de las dos tesis que sirven de premisas para el modelo de teoría de las normas de Bierling, sí acepta la primera, según la cual toda norma –en tanto especie de proposición jurídica– exhibiría el estatus de un imperativo, pudiendo asumir alternativamente la forma de una prohibición o de un mandato⁵¹. Esto quiere decir, más precisamente, que el modelo de Binding no está comprometido con una concepción imperativista del derecho, en tanto admite la existencia de genuinas proposiciones jurídicas que no contarían como normas, aunque sí lo está con una concepción imperativista de las “normas” en tanto “especie cerrada de proposiciones jurídicas”⁵². Lo cual lleva a la siguiente conclusión provisional: una vez que se renuncia –con Binding y *pace* Bierling– a la premisa de que las “proposiciones permisivas” exhibirían el estatus de imperativos, la posibilidad de categorizar –con Bierling y *pace* Binding– las “proposiciones permisivas” como genuinas **normas** jurídicas pasa por abandonar íntegramente –*pace* ambos– una concepción imperativista de las normas.

2.4. NORMAS PERMISIVAS: GRAMÁTICA Y PRAGMÁTICA

Notablemente, la caracterización precisa del sentido en que toda norma jurídica contaría como un imperativo, ofrecida por Bierling, provee una clave para la superación de la

⁴⁶ BINDING (1922) pp. 101 ss.; también BINDING (1915) pp. 524 ss.

⁴⁷ BINDING (1885) pp. 156 ss., con nota 8, donde se sugiere que la definición (a su juicio incorrecta) de “permitido” como “no prohibido” traería consigo que “el derecho subjetivo desapare[za] del terreno jurídico”; esto supone una relativización de la distinción entre esta formulación y aquella a que se refiere la nota siguiente.

⁴⁸ Véase BINDING (1922) pp. 103, nota 7, 107 ss.

⁴⁹ Así ya HOLD VON FERNECK (1903) pp. 109 ss., 111.

⁵⁰ BINDING (1922) pp. 127 ss.; BINDING (1885) pp. 173 ss.

⁵¹ BINDING (1922) pp. 35 ss., 108 ss.; BINDING (1885) pp. 155 ss.

⁵² BINDING (1922) p. 107.

premisa imperativista⁵³. Pues a diferencia de Binding⁵⁴, Bierling distingue expresamente las nociones de imperativo y de orden (*Befehl*)⁵⁵, en los siguientes términos:

La expresión “orden” es únicamente admisible allí donde por la sola promulgación unilateral de la norma por parte del que ordena se espera la obediencia del destinatario [...]. La expresión “imperativo”, en cambio, designa aquel pensamiento que encuentra su expresión más clara en esta especial forma lingüística⁵⁶.

Por “esta especial forma lingüística” Bierling entiende la forma gramatical identificada con el modo imperativo, lo cual sugiere una aproximación gramatical al concepto de norma: una norma sería un estándar que encuentra su expresión lingüística “más clara” en una oración construida en el modo imperativo. Así por ejemplo, la norma que prohíbe matar a otro encontraría su expresión más clara en la oración (imperativa) “¡no mates a otro!”.

La ventaja de esta reconstrucción de la concepción de Bierling radica en que así se vuelve más fácil su contraste con posibles concepciones alternativas, también caracterizadas gramaticalmente⁵⁷. Para ello conviene recurrir aquí a la distinción entre los conceptos de norma y de formulación de una norma, entendiendo por “formulación de una norma” el conjunto de signos o símbolos a través del cual una norma es expresada⁵⁸. En lo que aquí interesa, y circunscribiendo el análisis al concepto de norma de comportamiento, el catálogo de posibilidades admite ser reducido a la siguiente disyuntiva: la formulación de una norma puede exhibir o bien la forma de una oración construida en el modo imperativo, en el sentido de la tesis de Bierling, o bien la forma de lo que Von Wright denomina una “oración deóntica”, a saber: una oración construida sobre algún verbo deóntico auxiliar, tal como “deber” (*ought*) o “poder” (en el sentido de “tener permiso para” [*may*])⁵⁹. Esta segunda posibilidad constructiva se deja radicalizar en el sentido de una definición **sintáctica** del concepto de norma (de comportamiento): la oración deóntica que se identifica con la formulación de una norma puede ser construida como una oración que combina un determinado operador deóntico con algún posible contenido semántico, constituido por la des-

⁵³ Ello, a pesar del lapidario juicio de BINDING (1922) p. 102, nota 3, en el sentido de que Bierling ni siquiera determinaría el concepto de imperativo, dándolo meramente por supuesto.

⁵⁴ Véase solo BINDING (1922) pp. 44 ss., 63; BINDING (1885) pp. 158 ss.

⁵⁵ Aquí es interesante tener en cuenta el similar uso que BENTHAM (1970) pp. 95 ss. hiciera del término “mandate” (diferenciándolo, entre otros, de los términos “command”, “commandment” y “order” –véase pp. 10 ss., 13 ss.), cuyo sentido quedaría sometido a la siguiente división según cuál sea su “aspecto” en relación con el acto genérico que constituye su objeto: un *mandate* habría de ser caracterizado como “imperativo” (= “operativo”, “decisivo” o “directivo”), si el mismo expresa el deseo de influenciar el comportamiento de sus destinatarios por parte del legislador; o bien como “no imperativo” (= “no operativo”, “no decisivo” o “no directivo”), si el mismo expresa el deseo de no influenciar el comportamiento de sus destinatarios.

⁵⁶ BIERLING (1894) p. 27, nota 3.

⁵⁷ Véase ALCHOURRÓN/BULYGIN (1971) p. 5.

⁵⁸ VON WRIGHT (1963) pp. 93 ss.; fundamental al respecto ya BLACK (1962) pp. 100 ss. Véase también SCHAUER (1991) pp. 62 ss.; VILAJOSANA (2010) pp. 30 ss.

⁵⁹ VON WRIGHT (1963) pp. 96 ss.

cripción de un tipo de acción. Así, la oración “está prohibido matar a otro” fungiría como formulación de la norma consistente en la prohibición de matar a otro⁶⁰.

Lo anterior se apoya en el hecho (trivial) de que, en términos de la distinción de Von Wright, una norma es aquello que puede resultar expresado a través de una correspondiente oración deóntica, **interpretada** esta como la formulación de una norma⁶¹. Así, una norma puede ser sintácticamente definida como la combinación de un tipo de acción con un determinado operador deóntico⁶², esto es: como la correlación de un “caso genérico” con una determinada “solución normativa”⁶³. Y según cuál sea el tipo de acción cuya descripción es constitutiva del contenido semántico de la norma en cuestión, la condición de aplicación de la norma puede ser identificada, por de pronto, con la efectividad de las circunstancias que constituyen la respectiva “oportunidad para la acción”, esto es: la situación de cuya existencia depende que una acción que ejemplifica el correspondiente tipo de acción pueda ser ejecutada u omitida, según corresponda⁶⁴.

Ciertamente, esto no implica que toda oración deóntica haya de ser interpretada como la formulación de una norma. Pues asumir esto último supondría desconocer la am-

⁶⁰ De ahí que, como observa VON WRIGHT (1963) pp. 102 ss., la noción de norma sea primaria frente a la noción de formulación de una norma: “nos apoyamos en la noción de norma para determinar si una expresión es usada o no como la formulación de una norma”. En estos términos, por lo demás, la concepción resulta inmune a la objeción levantada por FERRER/RODRÍGUEZ (2011) pp. 35 ss., que descansa en la premisa de que, bajo una concepción sintáctica, las normas serían “enunciados de ciertas características”. Pues bajo la concepción aquí favorecida, una norma **no** es un enunciado.

⁶¹ Aquí no es posible entrar en el análisis de la relación entre normas y lenguaje. En el discurso de la teoría del derecho, la discusión tiende a estar circunscrita al contraste de una “concepción **expresiva**”, según la cual la puesta en vigor de una norma equivaldría al resultado de un uso prescriptivo (o aun: imperativo) del lenguaje, y una “concepción **hilética**”, bajo la cual las normas serían proposiciones abstractas con **significado** prescriptivo. Véase ALCHOURRÓN/BULYGIN (1998) pp. 383 ss.; WEINBERGER (1998) pp. 413 ss.; RODRÍGUEZ (2006) pp. 248 ss.; latamente también FERRER/RODRÍGUEZ (2011) pp. 27 ss., 35 ss. Baste con apuntar que la concepción sintáctica aquí favorecida no necesita estar comprometida con una u otra concepción, en el entendido de que su contraste no constituye una distinción exhaustiva: hay ulteriores posibilidades teóricas disponibles. Véase en este sentido VILAJOSANA (2010) pp. 36 ss., 39 ss. Para la definición sintáctica aquí esbozada es de la mayor significación, empero, que una norma no pueda identificarse con una oración, sino con aquello que se expresa a través de una oración (deóntica), interpretada como la formulación de una norma. Véase a este respecto BLACK (1962) pp. 102 ss., 106 ss., 108, quien acertadamente observa: “*The general form of a rule-formulation can, accordingly, be presented as follows: Such-and-such actions in such-and-such circumstances, done by such-and-such persons (done by anybody), forbidden (required, permitted)*”.

⁶² Esto tiene la ventaja de resultar fácilmente compatible con una determinada “genealogía de las normas”: en un contexto previo a la institucionalización de un sistema jurídico reflexivo, una norma emerge cuando quienes toman parte en una práctica social, a través de un ejercicio de intencionalidad colectiva, imponen un determinado estatus sobre acciones de una cierta clase. Véase MAÑALICH (2012) pp. 577 ss. Lo cual significa, en los términos propuestos por VILAJOSANA (2010) p. 29, que la existencia de una norma en todo caso se encontrará en una relación de “dependencia general” respecto del lenguaje.

⁶³ Así la definición del concepto de regla regulativa ofrecida por VILAJOSANA (2010) pp. 20 ss., 23 ss. Una aproximación similar se encuentra ya en SCHAUER (1991) pp. 23 s. Nótese que aquí las expresiones “caso genérico” y “solución” son empleados de modo distinto a como lo hacen ALCHOURRÓN/BULYGIN (1971) pp. 13 ss., 34 ss., quienes denominan “solución” a la correlación de un determinado operador o “carácter” deóntico con alguna acción genérica –esto es: un tipo de acción– perteneciente a un determinado universo de acciones (genéricas), mientras que por “norma” entienden la correlación de un caso genérico con una solución (en este último sentido).

⁶⁴ Al respecto VON WRIGHT (1963) pp. 73 ss.

bigüedad sistemática que caracteriza a las oraciones deónticas⁶⁵. Esta consiste en el hecho de que una y la misma oración deóntica pueda ser usada al modo de la formulación de una norma, por un lado, o bien al modo de un enunciado normativo que informe acerca de la existencia de esa norma⁶⁶, por otro. La diferencia se deja explicar en referencia a la pregunta de si las oraciones deónticas tienen “valor-de-verdad” (esto es, de si son susceptibles de ser verdaderas o falsas): interpretada como la formulación de una norma, una oración deóntica del tipo “está prohibido φ ” carecerá de valor-de verdad; interpretada como un enunciado normativo, en cambio, esa misma oración deóntica podrá ser verdadera o falsa, en circunstancias de que la existencia de una norma que prohíba φ contará entonces como condición de verdad del respectivo enunciado normativo⁶⁷.

Una definición sintáctica del concepto de norma (de comportamiento) como la correlación de un operador deóntico con la descripción de un determinado tipo de acción es particularmente apta para una caracterización de las “proposiciones jurídicas permisivas” como genuinas **normas** permisivas. Pues la mayor “capacidad semántica” que exhiben las oraciones deónticas frente a las oraciones imperativas resulta especialmente reconocible tratándose de la formulación de normas permisivas⁶⁸. Específicamente: la formulación de una norma permisiva a través de una oración deóntica del tipo “está permitida la acción φ ” resulta no solo más simple, sino también más adecuada que la formulación de esa misma norma a través de una oración imperativa del tipo “¡Ejecuta la acción φ , si así lo quieres!”. Esa mayor simplicidad, además, va aparejada de un mayor rendimiento para dar cuenta de la función puramente “negativa” que, en los términos de la concepción de Bierling, desempeña una norma permisiva. Pues si esta no es sino una correlación del operador deóntico de la permisión con algún tipo de acción, y el operador “permitido” es definido como

⁶⁵ Véase VON WRIGHT (1963) pp. 100 ss., 104 ss. Al respecto también VILAJOSANA (2010) pp. 30 ss.; FERRER/RODRÍGUEZ (2011) pp. 31 ss., 35 ss.; IORIO (2011b) pp. 79 ss.

⁶⁶ Acerca de este concepto de enunciado normativo, véase RAZ (1980) pp. 45 ss., 217 ss., 234 ss., en cuya terminología semejante enunciado normativo tendría que ser clasificado como “directo” en atención a su sintaxis y como “puro” (por oposición a “aplicado”) en atención sus condiciones de verdad.

⁶⁷ Véase VON WRIGHT (1963) pp. 103 ss. En contra de esto, la versión de una concepción hilética de las normas defendida (aunque no caracterizada de este último modo) por BUNG (2004) pp. 43 ss., 100 ss., se distingue por identificar sin más los conceptos de norma y de enunciado normativo, lo cual le lleva a defender un análisis de las normas en clave de un programa de semántica veritativa. Aquí basta con apuntar que semejante concepción pierde completamente de vista que, más allá de cuán difícil pueda resultar su demarcación estricta, uno y otro concepto se diferencian ya radicalmente en atención a su respectiva “dirección de ajuste”: mientras que la emisión de un enunciado normativo –en virtud de su fuerza constativa– exhibe una pretensión de ajuste de las palabras-al-mundo (*word-to-world*), la puesta en vigor de una norma –en virtud de su fuerza prescriptiva– exhibe una pretensión de ajuste del mundo-a-las-palabras. (*world-to-word*) Véase FERRER/RODRÍGUEZ (2011) pp. 36 ss. Esto supone, de paso, favorecer una determinada solución al problema representado por la identificación del objeto de la lógica deóntica. En la medida en que haya de ser interpretada en sentido veritativo-funcional, la lógica deóntica tendría que ser entendida como una lógica de enunciados normativos; pero en la medida en que los enunciados normativos puedan ser expresados a través de la mismas oraciones deónticas que sirven como formulaciones de normas, la lógica deóntica quedará lo más cerca posible de ser –aunque sin llegar a ser– una “lógica de las normas”. Lo cual deja intacta la posibilidad de que una genuina lógica de las normas pudiera ser construida no en sentido veritativo-funcional, sino como una “lógica de la satisfacción”, en lo cual no es posible ni necesario entrar aquí. Véase al respecto VON WRIGHT (1983) pp. 130 ss.

⁶⁸ VON WRIGHT (1963) pp. 97 ss., 100 ss.

equivalente a “no prohibido”, entonces la contribución práctica de una norma permisiva ha de agotarse en la exclusión de una o más normas prohibitivas –pertenecientes al mismo sistema de normas– bajo las cuales pudiera subsumirse una acción cualquiera que asimismo ejemplifique el tipo de acción sometido al operador de la permisión⁶⁹.

Pero lo anterior se ve expuesto a una posible objeción, representada por el argumento de Von Wright en contra de una definición del operador “permitido” como equivalente a “no prohibido”. Según Von Wright, solo rechazando esta última definición “negativa” del operador de la permisión cabría sostener que este se corresponde con un “carácter normativo autónomo”⁷⁰. En su intento por articular una definición “positiva” del mismo, Von Wright alcanza la conclusión de que el hecho de que una acción se encuentre permitida en sentido fuerte equivaldría a que ella haya sido objeto de una “declaración de tolerancia” por parte de la respectiva autoridad legislativa (*lato sensu*)⁷¹. Y para sostener que tal declaración de tolerancia sería la marca de un carácter normativo autónomo –esto es: no reducible a la negación de una prohibición–, la misma tendría que ser interpretada no como una mera “declaración de intención”, sino como una promesa de parte de esa misma autoridad, constitutiva de una “autoprohibición” de interferencia. Lo cual lleva, como Von Wright mismo lo concede, a conferir un “peculiar sabor moral” a las normas permisivas⁷².

El problema está, sin embargo, en que la premisa a partir de la cual Von Wright construye su argumento no se sostiene⁷³. Pues su resistencia a aceptar una definición del operador deóntico de la permisión en términos de “no prohibición” resulta de una confusión: Von Wright asume que, a diferencia del concepto de permisión en sentido débil, el concepto de permisión en sentido fuerte sí constituiría un “carácter normativo”⁷⁴, el cual solo podría ser caracterizado como independiente, entonces, en la medida en que sea posible ofrecer una definición positiva (esto es: no reductiva) del mismo. Pero a esto subyace una confusión del **estatus** deóntico de una acción en tanto subsumible bajo una norma permisiva, que en tal medida contará como permitida en sentido fuerte, por un lado, con el **operador** deóntico –en tanto componente de lo que Von Wright denomina el “núcleo” de una norma– que define el carácter de una norma permisiva como tal, por otro. El hecho de que el concepto (descriptivo) de permisión en sentido fuerte no pueda ser definido en términos de la mera inexistencia de una prohibición, entonces, no implica que el operador de la permisión, en tanto carácter definitorio de toda norma permisiva, no pueda ser definido como equivalente a “no prohibido”, tal como el operador de la prohibición puede ser definido como equivalente a “no permitido”. Y una ventaja decisiva de tal definición se encuentra, por lo demás, en que así se evita impregnar las normas permisivas de cualquier “peculiar sabor moral”.

⁶⁹ Véase WEINBERGER (1996) pp. 172 ss.

⁷⁰ VON WRIGHT (1963) pp. 86 ss.

⁷¹ VON WRIGHT (1963) pp. 90 ss.

⁷² VON WRIGHT (1963) p. 92. Sobre los problemas asociados a esta última maniobra, véase ATIENZA/RUIZ MANERO (2004) pp. 122 ss.

⁷³ Para lo que sigue véase ALCHOURRÓN/BULYGIN (1984) pp. 352 ss.

⁷⁴ VON WRIGHT (1963) p. 86.

Lo anterior deja intacto el hecho de que la relación entre normas permisivas y normas prohibitivas admite ser caracterizada como una relación de dependencia pragmática de las primeras respecto de las segundas⁷⁵. Pues mientras que una norma prohibitiva constituye una razón para la omisión de acciones de cierta clase, una norma permisiva no constituye razón alguna para la ejecución de una acción; su función se agota, antes bien, en privar de pertinencia a una o más normas de prohibición en tanto razones para la omisión de acciones de cierta clase⁷⁶. Así, es en atención a su función, y no en atención a su ontología, que se justifica la caracterización de las normas permisivas como “normas dependientes”⁷⁷.

3. EL ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN

3.1. EL MODELO DE LA COLISIÓN

La concepción de las normas permisivas como normas excluyentes contribuye a clarificar la (problemática) comprensión tradicional de la relación entre las normas de prohibición y permisión en el sentido de una relación de regla y excepción⁷⁸. Pues esta caracterización se deja reformular más precisamente en el sentido de que una norma permisiva puede recortar el ámbito de aplicabilidad de cualquier norma prohibitiva bajo la cual sea subsumible una acción que al mismo tiempo sea subsumible bajo aquella. Esto significa que el correspondiente “alcance de la exclusión” queda determinado por el ámbito de aplicabilidad de la norma permisiva, que a su vez depende de cuál sea la descripción del tipo de acción sometida al operador de la permisión⁷⁹. Lo cual quiere decir: la exclusión de una o más normas prohibitivas resultante de la aplicabilidad de una norma permisiva es contingente, en el sentido de que ella depende del hecho (contingente) de que alguna acción particular –identificada bajo una determinada descripción– en efecto cuente como una instancia de los tipos de acción sometidos a uno y otro operador deóntico. Y precisamente a esto se reduce el hecho de que esa acción exhiba el carácter de una *actio duplex*⁸⁰.

⁷⁵ Véase MINAS-VON SAVIGNY (1972) pp. 4 ss. Al respecto también VON WRIGHT (1963) pp. 90 ss.; WEINBERGER (1977) pp. 188 ss., 190; WEINBERGER (1996) pp. 149 ss., 159 ss., quien observa que el operador deóntico de la permisión no puede ser definido como (*el*) fundamental, en la medida en que ningún conjunto de proposiciones permisivas es suficiente para la constitución de un sistema normativo capaz de desempeñar una función regulativa, esto es: directiva.

⁷⁶ De ahí que no tenga mayor sentido la pregunta de si una norma permisiva exhibe eficacia, en el sentido de si ella es generalizadamente seguida por sus destinatarios. Al respecto véase VILAJOSANA (2010) pp. 194 ss., 196.

⁷⁷ En estos términos, la dependencia pragmática que exhiben las normas de permisión frente a las normas de prohibición no resulta en absoluto equivalente a una supuesta “irrelevancia” de las primeras. Véase acerca de esto último ATIENZA/RUIZ MANERO (2004) pp. 116 ss., 128 ss.; ORTIZ DE URBINA (2008) pp. 11 ss.

⁷⁸ Véase ya BINDING (1922) pp. 127 ss.; BINDING (1885) pp. 173 ss.; así también HART (1994) pp. 178 ss.; WEINBERGER (1996) pp. 173 ss. Sobre el problema véase también HRUSCHKA (1988) pp. 419 ss.; RENZIKOWSKI (1988) pp. 132 ss.; NEUMANN (2012) pp. 421 ss.

⁷⁹ RAZ (1990) p. 91.

⁸⁰ Véase ya NOWAKOWSKI (1951) pp. 327 ss., 329; también BALDÓ (1994) pp. 17 ss. En palabras de BINDING (1885) p. 731: “En sentido jurídico-penal, las acciones defensivas solo vienen en consideración en tanto ellas, prescindiendo del elemento defensivo, realizarían el supuesto de hecho de acciones punibles, esto es, en la medida en que el ejercicio de coerción defensiva no permanezca como puramente defensiva, sino que al mismo

A modo de ejemplo: la permisión de la legítima defensa (propia) excluye –en el sentido de que obsta a la aplicabilidad de– la prohibición de matar a otro si y solo si una acción particular que ejemplifica el tipo de acción “matar a otro” también ejemplifica el tipo de acción “defenderse de modo racionalmente necesario frente a una agresión antijurídica de otro”⁸¹. Esto se deja precisar a través de la adopción de una tesis extensionalista (o “de grano grueso”) para la individuación de acciones⁸²: la posibilidad de que la norma prohibitiva resulte excluida o preterida por la norma permisiva depende de que una **misma** acción en efecto satisfaga la descripción de uno y otro tipo de acción. De ahí que si la acción consistente en dar muerte al autor de la agresión antijurídica (actual) no cuenta como una maniobra defensiva racionalmente necesaria, la prohibición del homicidio no se vea excluida por la norma permisiva, a consecuencia de la falta de aplicabilidad de esta.

Así, es incorrecto asumir que una norma permisiva excluyente de una determinada norma prohibitiva necesariamente tendría que encontrarse en relación de *lex specialis* respecto de esta. Pues de hecho esta no es la relación que se da entre la prohibición del homicidio y la permisión de la legítima defensa. En términos de teoría de conjuntos, entre una y otra descripción se da una relación de “interferencia”, y no una relación de “subordinación” o “inclusión”, como lo exigiría la caracterización de la norma permisiva como *lex specialis*⁸³. Para que esto último fuese el caso, el contenido semántico de la norma permisiva de la legítima defensa tendría que consistir en la descripción “matar a otro a modo de defensa racionalmente necesaria frente a una agresión antijurídica de su parte”⁸⁴. Pero la adopción

tiempo asuma la configuración de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos por regla general prohibida [...]”.

⁸¹ Precisamente a un ocultamiento de este hecho lleva el intento de transformar la pregunta por la legitimación de una norma que puede volver (marginalmente) permisible una acción consistente en matar al agresor en una pregunta por la legitimación de la imputación de la causación de su muerte al propio agresor, en la forma de un “suicidio en autoría mediata”. En este sentido empero MERKEL (2007) pp. 390 ss.; siguiéndole JAKOBS (2012) pp. 45 ss.; también PAWLIK (2012) pp. 237 ss. El error categorial implicado en la transformación de un juicio de calificación deóntica de la acción ejecutada por una persona en un juicio de adscripción de esa acción a otra persona se vuelve fácilmente reconocible cuando se tematiza la variable de la eventual colaboración de un tercero en la maniobra defensiva por parte del agredido: si C proporciona a B el arma con la cual este logra repeler –de modo racionalmente necesario– una agresión antijurídica actual de parte de A, quien en definitiva resulta muerto, ¿diríamos que C, más que colaborar con la ejecución de una acción permitida por parte de otro, ha ejecutado una acción que lo convierte –tanto bajo el derecho español como bajo el derecho chileno– en autor de un delito de auxilio al suicidio?

⁸² Semejante tesis se distingue por la afirmación de que la identidad (“numérica”) de una acción se conserva a través de sus diferentes descripciones (verdaderas). Fundamental ANSCOMBE (1963) pp. 37 ss., 45 ss.; DAVIDSON (2001) pp. 43 ss., 128 ss., 163 ss. Acerca del problema y su relevancia para la reconstrucción teórica del derecho penal, véase MOORE (1993) pp. 280 ss., con ulteriores referencias.

⁸³ Fundamental al respecto KLUG (1956) pp. 403 ss.; HRUSCHKA (1983) pp. 282 ss.; también HRUSCHKA (1988) pp. 389 ss.

⁸⁴ Así ORTIZ DE URBINA (2008) pp. 18, 32 ss. Ello resulta favorecido por la presentación tradicional de la teoría de los elementos negativos del tipo, con arreglo a la cual la prohibición del homicidio podría recibir la siguiente formulación: “Está prohibido matar a otro, a menos que sea a modo de defensa racionalmente necesaria frente a una agresión antijurídica”. Pero tal formulación –como mostrara MINAS-VON SAVIGNY (1972) pp. 75 ss.– no expresa más que el resultado de estrechamiento del ámbito de aplicabilidad de la norma prohibitiva (resultante de la solución de la respectiva antinomia), el cual queda así reducido al ámbito de falta de interferencia con el ámbito de aplicabilidad de la norma permisiva.

de semejante estrategia llevaría a una consecuencia a lo menos incómoda desde el punto de vista de sus compromisos ontológicos, a saber: a tener que aceptar que el sistema jurídico de referencia no quedaría integrado por una **única** norma permisiva de la legítima defensa, sino más bien por tantas normas permisivas de la legítima defensa como sean las normas prohibitivas de cuya exclusión a través de la **respectiva** norma permisiva se trate. Así, además de la norma permisiva del homicidio en legítima defensa habría que reconocer sendas normas permisivas de la producción de lesiones corporales en legítima defensa, de la coacción en legítima defensa, de la privación de libertad en legítima defensa, etc. Tal solución “inflacionaria” no resulta en lo absoluto conveniente bajo un principio de economía ontológica como parámetro de individuación de normas⁸⁵.

Lo anterior no obsta a que, en algún otro caso, la relación en que se encuentran la descripción de un tipo de acción sometido al operador de la prohibición y la descripción de un tipo de acción sometido al operador de la permisiva, cuando se da una colisión entre normas de uno y otro carácter, **pueda** ser una de inclusión o subordinación, de modo tal que la colisión admita ser resuelta con arreglo al criterio de la especialidad⁸⁶. Ello será el caso si y solo si la extensión (total) del contenido semántico de la respectiva norma permisiva se corresponde con un segmento de la extensión del contenido semántico de alguna norma prohibitiva, de modo tal que toda acción subsumible bajo la primera lo sea bajo la segunda, pero no al revés. Lo cual puede –aunque desde luego no necesita– coincidir con el hecho de que una norma permisiva se encuentre establecida en una disposición fijada en la “parte especial” del respectivo código penal⁸⁷. Ejemplo de ello son, en el horizonte compa-

⁸⁵ Nótese que, en pos de intentar salvar el criterio de la especialidad, tampoco resultaría viable la estrategia de articular disyuntivamente el contenido semántico de la norma permisiva, de modo tal que su formulación hubiera de rezar como sigue: “está permitido matar a otro, o lesionar corporalmente, o coaccionar a otro (etc.), a modo de defensa racionalmente necesaria frente a una agresión antijurídica”. Pues en este caso la relación entre la norma permisiva (así formulada) y la prohibición de matar a otro precisamente no sería de subordinación o inclusión, puesto que la extensión del contenido semántico de la primera no quedaría íntegramente incluida dentro de la extensión del contenido semántico de la segunda. Y de sostenerse, a su vez, que tal norma permisiva disyuntivamente construida “en rigor” no sería más que una disyunción de normas permisivas (diferentes), el argumento volvería a quedar expuesto a la objeción de inflacionismo ontológico.

⁸⁶ Esto supone entender que el criterio de la especialidad constituye, *stricto sensu*, un criterio de solución de antinomias, y no en cambio “un criterio de *interpretación*, que permite asignar a dos formulaciones normativas que en apariencia expresan normas contradictorias significados conciliables entre sí”, como sugieren FERRER/RODRÍGUEZ (2011) pp. 186 ss., 190.

⁸⁷ En el derecho chileno, el inc. 1º del art. 145 del Código Penal se deja interpretar como estableciendo alternativamente una permisiva por estado de necesidad agresivo y una permisiva por actuación *pro magistratu* respecto de acciones subsumibles bajo la prohibición de la violación de domicilio. Nótese que, en lo tocante a la permisiva por estado de necesidad agresivo, no se trata de una regla declarativa frente a la norma permisiva que se deja extraer del N° 7 del art. 10 del Código Penal. Pues bajo esta última norma permisiva solo resulta subsumible una acción cuya lesividad se reduzca al menoscabo de bienes jurídicos de significación patrimonial (bajo una interpretación extensiva del término “propiedad”), en circunstancias de que el objeto de protección de la prohibición de la violación de domicilio puede ser identificado con (la dimensión espacial de) la intimidad de otro. Puesto en términos lógico-formales: entre las descripciones de uno y otro tipo de acción se da una relación de exclusividad o heterogeneidad, de modo tal que una y otra no pueden “concurrir” –esto es, resultar aplicables– respecto de una misma acción. En general sobre esto último, véase WARDA (1972) pp. 143 ss., 151 ss.

rado, las reglas sobre “indicaciones” que fundamentan una permisión del aborto practicado bajo determinadas circunstancias⁸⁸.

Que una norma permisiva pueda ser entendida como una norma que introduce una excepción a la “regla” representada por la correspondiente norma prohibitiva, más allá de cuál sea la estructura de la relación lógico-formal en que puedan encontrarse una y otra, resulta congruente con el hecho de que la situación en que la segunda se ve privada de aplicabilidad a consecuencia de la aplicabilidad de la primera haya de ser entendida como una situación caracterizada por la existencia de un conflicto práctico⁸⁹. Esto se ajusta muy precisamente a lo que en la terminología de la dogmática jurídico-penal se identifica con una “situación de justificación”⁹⁰. Con arreglo al modelo de la colisión⁹¹, la exclusión de una norma prohibitiva resultante de la aplicabilidad de una norma permisiva depende de que el conflicto representado por la validez simultánea de normas que imponen estatus deónticos incompatibles sobre una misma acción sea resuelto a favor de la norma permisiva, para lo cual es necesario identificar o postular alguna metarregla que fije las respectivas condiciones de preferencia⁹². Fuera de los casos en que la colisión admita ser resuelta a través del criterio de la especialidad, la identificación del criterio de prioridad es una cuestión interpretativamente abierta. Baste aquí con apuntar que el hecho de que determinadas normas permisivas se encuentren reconocidas como causas de justificación en disposiciones de la “parte general” del respectivo código penal puede servir de punto de apoyo institucional para su caracterización como normas de aplicación preferente⁹³.

⁸⁸ Bajo el StGB, tal es el estatus que –a diferencia de la regla del párrafo 1º– cabe atribuir a las reglas de los párrafos 2º (“indicación terapéutica”) y 3º (“indicación criminológica”) del § 218. En cambio, la regla de la así llamada “salvaguarda de intereses legítimos”, formulada en el § 195 del StGB, aun cuando constituye una causa de justificación privativa del ámbito regulativo de los delitos contra el honor, difícilmente puede ser entendida como *lex specialis* frente a las normas prohibitivas de la injuria, la difamación, la calumnia y la degradación del recuerdo de los muertos. Esto depende, en todo caso, de una determinación exacta de la extensión de cada una de las descripciones que constituyen los respectivos contenidos semánticos de las normas en juego.

⁸⁹ Véase RAZ (1989) pp. 1153 ss., 1156: “De hecho, las excepciones a las reglas existen precisamente cuando efectivamente hay conflicto entre razones”. Análogamente WEINBERGER (1998) p. 431.

⁹⁰ Véase GRAF ZU DOHNA (1936) p. 21, según quien lo característico de una “situación de justificación” es la circunstancia de que la norma que prohíbe u ordena la acción respectiva “cede en el caso dado ante una contra-norma, que cancela [en la terminología aquí favorecida: *excluye*] la prohibición o el mandato”.

⁹¹ Véase KINDHÄUSER (1989) pp. 107 ss., 109 s.; KINDHÄUSER (2010a) pp. 493 ss.; VOGEL (1993) pp. 37 ss. Al respecto véase MINAS-VON SAVIGNY (1972) pp. 70 ss., quien habla de la tesis de la “proposición jurídica supraordenada”; también ORTIZ DE URBINA (2008) pp. 19, 26 ss., 32 ss.

⁹² Véase VOGEL (1993) pp. 38 ss. Para una propuesta de reconstrucción formalizada de los criterios de solución de antinomias como criterios de preferencia, véase FERRER/RODRÍGUEZ (2011) pp. 135 ss., 146 ss. Que NEUMANN (2012) pp. 423 ss., no considere esta posibilidad constructiva se explica por el hecho de que él asume que, en la medida en que ellas afecten la “validez” y no el “contenido regulativo” de normas prohibitivas, “las proposiciones permisivas han de ser localizadas en un nivel normativo superior”, en el sentido de que ellas constituirían “normas supraordenadas”. Neumann correctamente observa que, en tanto las normas de prohibición y de permisión pertenezcan a un mismo nivel lógico, surge sin más la posibilidad de una “contradicción normológica”, pero precisamente desconoce que semejante contradicción admite ser resuelta a través de la postulación o identificación de una metarregla de colisión.

⁹³ En este sentido véase, TIEDEMANN (1992) pp. 10 s. Ciertamente, el argumento no es uno de mera “geografía de código”; se trata, más bien, de una interpretación de la correspondiente técnica legislativa como expresiva de una fijación de prioridad. Al respecto véase ya BINDING (1922) p. 130, aunque recurriendo a la metáfora de la

3.2. LA RELATIVIDAD DEL ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN

Según ya se sostuvo, la existencia de una colisión entre una norma prohibitiva y una norma permisiva depende de que una misma acción satisfaga el contenido semántico de una y otra. Pero lo que hay que advertir ahora es que tal colisión siempre será relativa a alguna descripción bajo la cual esa acción resulte subsumible bajo una y otra norma. Esto no es más que la consecuencia de la **intensionalidad** o relatividad-a-la-descripción de la caracterización deóntica de una acción⁹⁴: una acción solo cuenta como prohibida o permitida **bajo alguna descripción**, con lo cual se vuelve absurda la idea de que una acción pudiera estar “per se” prohibida o permitida⁹⁵.

Esta última precisión es de la mayor importancia. Pues es posible que una acción, no obstante satisfacer una descripción bajo la cual ella resulte cubierta por una norma permisiva que –según la respectiva (meta-)regla de colisión– desplace a alguna norma prohibitiva, asimismo satisfaga alguna otra descripción bajo la cual ella resulte subsumible bajo alguna norma prohibitiva no excluida por norma permisiva alguna. Así por ejemplo, si B se dispone a agredir antijurídicamente a A, por la vía de atacarlo con un cuchillo, para A se encontraría *ceteris paribus* permitida, *sub specie* legítima defensa, una acción consistente en aturdir a B propinándole un golpe con una madera en la cabeza, de modo tal que este no pueda llevar adelante el ataque. Pero la permisiva de tal acción impeditiva, en tanto acción (a la vez) productiva de una lesión corporal en B, es relativa a la descripción concerniente a su incidencia sobre B. Lo cual quiere decir: la permisiva de una acción a título de legítima defensa es relativa a su descripción como una acción que menoscaba uno o más bienes jurídicos **del agresor**⁹⁶. Pues solo en atención a la posición del agresor tal acción cuenta como una acción **defensiva**.

relación de regla y excepción. Acerca de la prioridad general de la permisiva frente a la prohibición “con arreglo a las preferencias del derecho penal”, KINDHÄUSER (1989) pp. 109 s., a propósito de los argumentos favorables a una restricción (“ético-social”) de la permisiva de la legítima defensa en casos de desproporcionalidad extrema entre los bienes jurídicos (del agredido) salvaguardados y los bienes jurídicos (del agresor) menoscabados a través de la acción defensiva: normológicamente, tal restricción habría de ser entendida al modo de una condición de inaplicabilidad de la norma permisiva, expresada en la correspondiente metarregla de colisión.

⁹⁴ Para el correspondiente “método de la extensión y la intensión” como herramienta de análisis semántico, véase CARNAP (1947) pp. 23 ss., 46 ss.; fundamental para su aplicación en la clarificación del estatus semántico del juicio de subsunción, PUPPE (1979) pp. 22 ss.

⁹⁵ Véase BINDING (1922) p. 131, nota 7: “Ante todo debería uno evitar el modo de hablar según el cual algo pudiera estar ‘por sí’ prohibido. Nada está ‘por sí’ permitido o no permitido”. Ello se explica por el hecho de que el estatus deóntico de una acción cuenta como una propiedad superviniente, esto es, una propiedad secundaria que es dependiente del conjunto de propiedades especificadas por la descripción que esa acción ha de satisfacer para resultar subsumible bajo la norma respectiva. Véase al respecto MAÑALICH (2009a) pp. 41 ss.

⁹⁶ Véase JAKOBS (1991) 12/28; fundamental al respecto ya OETKER (1908) pp. 291 ss., aunque reconociendo una excepción para el caso en que la agresión tiene lugar mediante el uso de bienes de un tercero; así también BINDING (1885) p. 750, nota 68; BINDING (1913) p. 189. El argumento de que la acción defensiva permitida a título de legítima defensa habría de ser entendida como “defensa contra el agresor junto con los *instrumentis sceleris* de los cuales se sirve, y en su concreta configuración bajo la agresión” –así OETKER (1908) p. 294–, además de desconocer la relatividad-a-la-descripción que distingue a todo juicio de subsunción, esconde el problema axiológico aquí implicado. Pues si la permisiva *sub specie* legítima defensa de modo “autoevidente” pudiese alcanzar también la destrucción de los instrumentos ajenos utilizados por el agresor, ¿habría que afirmar que la producción de la muerte del “escudo humano” del cual se vale coercitivamente el agresor –por ej., en caso

Luego, si esa misma acción también se deja describir como una acción lesiva para bienes de una persona distinta del agresor, una norma prohibitiva que pudiera fundamentar el deber de omitir el menoscabo de los bienes de ese tercero no se verá excluida por la norma permisiva de la legítima defensa. Es decir: tal norma prohibitiva quedará, en atención a la descripción de la acción como lesiva para bienes de un tercero, fuera del “alcance-de-exclusión” de la norma permisiva en cuestión. Ciertamente, es posible que bajo esta última descripción la acción en cuestión pueda resultar subsumible bajo alguna otra norma permisiva⁹⁷. Pero esto no tiene por qué ser necesariamente el caso. A modo de ejemplo: si a consecuencia del golpe que A propina al agresor B, este cae aturdido sobre el tercero C (no involucrado en modo alguno en la agresión), quien al caer al suelo soportando el peso de B sufre una fractura de clavícula, entonces esta misma acción de A, **bajo su descripción** como acción productiva de una lesión corporal para C, no quedará cubierta por la permisiva de la legítima defensa. Al ser C un tercero no involucrado en la agresión, la producción de un menoscabo de su salud corporal en tanto “externalidad negativa” del ejercicio de legítima defensa sobre B solo podría resultar permisible bajo los parámetros del estado de necesidad **agresivo**, lo cual desde ya falla al no satisfacerse el correspondiente estándar de proporcionalidad⁹⁸.

de que la agresión solo pueda ser repelida a través de un disparo de bala que atraviere el cuerpo del “escudo humano” e impacte así al agresor— resultaría permitida a título de legítima defensa? Una respuesta afirmativa es ofrecida por SPENDEL (2003) § 32, n.m. 216, quien argumenta que el tercero usado como “escudo humano” se encontraría, aun cuando bajo coacción, “del lado del injusto”, al dejarse utilizar “para el aseguramiento de la agresión y el impedimento de la defensa, argumento que favorece, más bien, la tesis de una eventual permisiva *sub specie* estado de necesidad defensivo. En contra de esto argumenta RENZIKOWSKI (1988) p. 300, quien observa que en este caso “el agresor ‘utiliza’ al escudo de protección no para el incremento del riesgo de lesión para el defensor, sino para debilitar la maniobra defensiva”, con lo cual no se vería satisfecho el presupuesto de un estado de necesidad defensivo, consistente en que el peligro para los bienes jurídicos salvaguardados provenga de la propia “esfera” del titular de los bienes jurídicos menoscabados a través de la acción de salvaguarda (pp. 180 s.). En contra de esto último cabría argumentar, empero, que en una situación de legítima defensa el debilitamiento de la maniobra defensiva de parte o a favor del agredido equivale *eo ipso* a un incremento del peligro representado por la agresión, precisamente porque la respectiva acción defensiva se deja describir como una acción impositiva de la ejecución de la acción constitutiva de la agresión. Para la tesis favorable a una permisiva de la producción de un menoscabo de bienes jurídicos —y aun de la producción de la muerte— del tercero utilizado como “escudo humano” a título de estado de necesidad defensivo, véase por ejemplo KÖHLER (2006) pp. 267 ss. Al respecto infra, nota 190.

⁹⁷ A favor de una permisiva a título de estado de necesidad defensivo tratándose de casos en que el agresor se vale de cosas pertenecientes a un tercero para llevar a cabo la agresión, véase RENZIKOWSKI (1988) pp. 299 s., bajo la suposición de que el propietario de las cosas utilizadas por el agresor tendría que “dejarse imputar” el peligro así generado para el agredido.

⁹⁸ Cuestión distinta es si la maniobra de A cuenta como una **agresión** antijurídica que vuelva permisible un ejercicio de legítima defensa por parte (o a favor) de C. Pues hay buenas razones para sostener que ello depende de que a su respecto se satisfagan determinadas condiciones de (estricta) imputabilidad del comportamiento objetivamente agresivo —véase infra, notas 186 y 188—, lo cual resulta dubitable en atención a la situación en la cual se encuentra A (actualmente expuesto a una agresión antijurídica de parte de B). En tal medida, una eventual maniobra defensiva efectuada por C (o por un tercero a favor de este), que produjera un menoscabo de bienes jurídicos de A, solo podría resultar permitida a título de estado de necesidad defensivo. Véase RENZIKOWSKI (1988) pp. 243 s., 280 ss., 300.

En contra de lo sugerido por Koch⁹⁹, lo anterior no entraña una “contradicción incompatible con el postulado de la unidad del ordenamiento jurídico”. Pues no hay contradicción alguna en que bajo una determinada descripción una acción resulte jurídicamente permitida y bajo otra descripción esa misma acción resulte jurídicamente prohibida. En esto consiste, ni más ni menos, el así llamado principio de la “división de la valoración del injusto”¹⁰⁰.

4. ¿NORMAS PERMISIVAS COMO FUNDAMENTOS DE DEBERES DE TOLERANCIA?

4.1. DERECHOS Y DEBERES COMO POSICIONES DEÓNTICAS CORRELATIVAS

Bajo la concepción de las normas permisivas hasta aquí esbozada, ellas se distinguen por su efecto puramente excluyente de algún posible conjunto de normas prohibitivas. Esto vuelve problemática la hipótesis de que semejante norma permisiva pudiera fundamentar un “derecho” a la ejecución de la acción respectivamente permitida (en sentido fuerte)¹⁰¹.

Aquí cabe prestar atención a la distinción, propuesta por Von Wright, entre tres especies de permisión en sentido fuerte, según su respectiva “intensidad”¹⁰². La sola constatación de que una acción (identificada bajo una determinada descripción) se encuentra permitida en sentido fuerte únicamente implicaría que esa acción ha sido objeto de una “declaración de tolerancia” por parte de la respectiva autoridad legislativa (*lato sensu*)¹⁰³; de acuerdo con la concepción puramente “negativa” aquí favorecida, ello solo significa que esa autoridad ha impuesto “positivamente” –esto es: a través de la promulgación de una norma– el estatus déontico de la permisión sobre esa acción. Ahora bien, si la norma permisiva “es combinada con una prohibición de impedir o prevenir al destinatario de la permisión hacer aquello que se le permite”, entonces el titular del permiso contaría además con un “derecho” (*right*) en relación con los destinatarios de esa prohibición. Finalmente, si esa misma norma permisiva “es combinada con un mandato de posibilitar al detentador del permiso realizar lo que se le permite”, entonces este contaría, además, con una “pretensión” (*claim*) en relación con los destinatarios de esa norma de mandato¹⁰⁴.

⁹⁹ KOCH (2010) p. 807.

¹⁰⁰ WIDMAIER (1970) pp. 611 s.

¹⁰¹ A favor de tal tesis véase empero, y por ejemplo, HRUSCHKA (1988) pp. 68 ss.; RENZIKOWSKI (1988) pp. 168 ss., 173, 175 ss.; BALDÓ (1994) pp. 37 ss., 176 ss., 325 ss.

¹⁰² VON WRIGHT (1963) pp. 88 ss.

¹⁰³ Para la crítica de esta sugerencia, véase *supra*, 2.4.

¹⁰⁴ La traducción de “claim” como “pretensión” no deja de ser problemática, pero lo es menos que su traducción como “acción”, que es, sin embargo, la opción favorecida en la versión española de *Norm and Action* –véase VON WRIGHT (1970) p. 104–, que resulta poco feliz en atención a la connotación característicamente jurídico-procesal de la noción de **acción**. ATIENZA/RUIZ MANERO (2004) pp. 121 s., prefieren hablar de una “habilitación”. Nótese, en todo caso, que la distinción entre las nociones de derecho y pretensión, favorecida por Von Wright, se dejaría sustituir sin más por la distinción entre la noción de un derecho “negativo” a la **omisión** (por parte de alguna otra persona) de cualquier acción impeditiva de la ejecución de la acción permitida, por un lado, y la noción de un derecho “positivo” a la **ejecución** (por parte de alguna otra persona) de una acción favorecedora de la ejecución de la acción permitida, por otro. Para una definición de la noción de “derecho de pretensión” en este sentido, véase IORIO (2011b) pp. 100 s. (quien incluye, además, una referencia a la “regla

Por de pronto, aquí solo interesa retener la distinción entre la noción de una “mera” permisión (en sentido fuerte) de la acción ϕ , por un lado, y la noción de un derecho a ejecutar la acción ϕ , por otro. A este respecto, Von Wright sostiene que el destinatario de una norma permisiva solo contaría con un derecho a ejecutar la acción permitida si esa norma es combinada con a lo menos una norma prohibitiva, a saber: una norma que prohíba a terceros el impedimento de la ejecución de la acción permitida¹⁰⁵. En estos términos, habría que abandonar sin más la idea de que la respectiva norma permisiva pudiera fundamentar un “derecho de intervención”, cuya posición correlativa hubiera de ser identificada con un deber de no impedir la ejecución de la acción permitida¹⁰⁶. Y no está de más recordar que precisamente esta es la consecuencia que Bierling extrae de su concepción “negativa” de las normas permisivas en tanto normas puramente excluyentes¹⁰⁷.

Lo anterior vuelve necesario detenerse en la ambigüedad que exhibe el término “derecho” (en el sentido de “derecho subjetivo”) cuando se lo usa para designar alguna posición deóntica. De acuerdo con el esquema de modalidades jurídicas introducido por Hohfeld¹⁰⁸, aquí se reservará el uso de la expresión “derecho” para designar toda aquella posición deóntica que se distingue por el hecho de ser correlativa a una posición deóntica constitutiva de un deber, en el sentido preciso de que una y otra posición constituyan los términos de una correspondiente relación jurídica¹⁰⁹. En palabras de Hohfeld: “si X tiene un derecho contra Y a que este se mantenga fuera del terreno del primero, lo correlativo (y equivalente) es que Y se encuentre para con X bajo el deber de mantenerse fuera del lugar”¹¹⁰.

Así entendido, un derecho ha de ser diferenciado de aquello que Hohfeld denomina un “privilegio” (o una “libertad”):

En el ejemplo recién propuesto, mientras que X tiene un derecho a que Y, el otro hombre, se mantenga fuera del terreno, él mismo [X] tiene un privilegio para entrar al terreno; o en palabras equivalentes, X no tiene un deber de permanecer fuera¹¹¹.

de sanción” que tendría que reforzar la norma de mandato en cuestión). La distinción aquí sugerida exhibe el mérito formal de hacer explícito que la diferencia relevante entre una y otra situación se reduce al hecho de que la correspondiente permisión se vea reforzada por una prohibición de impedimento o bien por un mandato de favorecimiento de la ejecución de la acción permitida.

¹⁰⁵ Similarmente IORIO (2011b) pp. 94 s., 96 s., por consideraciones de clarificación conceptual.

¹⁰⁶ Véase ya HOLD VON FERNECK (1905) pp. 150 ss., quien a diferencia de Bierling, empero, argumenta desde una concepción nihilista en cuanto a la existencia de normas (jurídicas) permisivas.

¹⁰⁷ BIERLING (1894) p. 94.

¹⁰⁸ HOHFELD (1919) pp. 35 ss. Al respecto, véase también HART (1982) pp. 162 ss., quien muestra en qué medida buena parte del instrumental conceptual introducido por Hohfeld ya se encontraría anticipado en la obra de Bentham. Para el recurso al modelo de Hohfeld a propósito de la discusión acerca de la fundamentación de los así llamados “deberes de tolerancia”, véase FERRANTE (2007) pp. 68 ss.; GONZÁLEZ LAGIER (2007) pp. 157 ss.; BOUZAT/CANTARO/NAVARRO (2007) pp. 116 ss.

¹⁰⁹ Acerca del correspondiente concepto (formal) de relación jurídica, véase ya BIERLING (1894) pp. 145 ss., 183 ss.; también BIERLING (1890) pp. 251 ss.

¹¹⁰ HOHFELD (1919) p. 38. Para una reciente ilustración de la correlación entre derechos y deberes, véase SEARLE (2010) pp. 177 ss.

¹¹¹ HOHFELD (1919) p. 39.

En la terminología de Hohfeld, la concepción de Bierling se halla comprometida con la tesis de que una norma permisiva no fundamenta **derechos**, sino solo **privilegios** a favor de sus destinatarios, entendiendo por “privilegio” la posición opuesta a un deber y, en tal medida, correlativa a un “no derecho” por parte de otro¹¹². Pues bajo esa misma concepción, el efecto de una norma permisiva se reduce a neutralizar la fundamentación de aquellos deberes que podrían ser impuestos por una o más normas prohibitivas en caso de que estas no resultasen excluidas a consecuencia de la aplicabilidad (preferente) de esa norma permisiva. Tal como observa Hohfeld:

Es igualmente claro, como ya se indicara, que semejante privilegio o libertad para tratar con otros como uno quiera puede existir perfectamente sin derechos concomitantes contra “terceros” en lo tocante a determinados tipos de interferencia. [...] El único correlativo lógicamente implicado por los privilegios o libertades en cuestión son los “no derechos” de “terceros”. Por esto, sería un *non sequitur* concluir de la mera existencia de tales libertades que los “terceros” se encuentran bajo un *deber* de no interferir¹¹³.

Así, bajo el esquema de Hohfeld es claro que del hecho de que una persona cuente con un permiso –esto es: un “privilegio”– para ejecutar la acción ϕ no se sigue que otras personas hayan de ser portadoras de algún deber de no impedir a esa persona la ejecución de la acción ϕ . Para esto último es necesaria una premisa normativa adicional.

4.2. ¿NORMAS “PERMISIVAS” COMO FUNDAMENTOS DE DERECHOS?

La tesis de la correlación estricta entre derechos y deberes se deja reconocer claramente en la siguiente caracterización general de las normas jurídicas, ofrecida por Adolf Merkel, según quien el derecho (objetivo)

tiene en todas sus partes, en una determinada dirección, el significado de un mandato, en otra el significado de una garantía, allí opera restringiendo, aquí protegiendo, en la primera dirección fundamenta un deber-ser y un tener-que, en la segunda un estar-permitido y un poder, en la primera deberes, en la segunda autorizaciones¹¹⁴.

A pesar de haber terminado inclinándose a favor de la tesis de que existirían “proposiciones jurídicas que son puras autorizaciones o que únicamente determinan los presupuestos para la existencia del concreto derecho de propiedad sin pensar de manera alguna

¹¹² HOHFELD (1919) pp. 38 ss. Así, un derecho tiene como posición correlativa a un deber, mientras que un no derecho tiene como posición correlativa a un privilegio (en tanto “no deber”); y al mismo tiempo, un derecho tiene como posición opuesta a un no derecho, mientras que un deber tiene como posición opuesta a un privilegio.

¹¹³ HOHFELD (1919) p. 43.

¹¹⁴ MERKEL (1885) § 16; véase también MERKEL (1886) p. 519. Al respecto BINDING (1922) p. 107, con nota 18.

en la fundamentación de un deber”¹¹⁵, Binding originalmente favoreció una tesis del todo congruente con la observación de Merkel. Esta tesis se basa en lo que cabría calificar como una aproximación “aspectiva” a la distinción entre “normas” (o proposiciones jurídicas obligantes) y “autorizaciones” (o proposiciones jurídicas autorizantes):

La relación entre derechos y deberes es diferente según si el derecho es creado con ocasión de que el legislador en primer lugar está interesado en la fundamentación del deber, o bien si el deber es creado por mor del derecho que se corresponde con él. [...] Todos los derechos privados, por ej., son creados por mor de ellos mismos, no para fundamentar deberes. Esta divergencia produce la creencia errónea de que existirían proposiciones jurídicas que solo autorizan y aquellas que solo obligan, en circunstancias de que todas las leyes que autorizan al mismo tiempo también obligan, y viceversa. A lo sumo podría uno diferenciar proposiciones jurídicas primariamente autorizantes y primariamente obligantes¹¹⁶.

En estos términos, toda proposición jurídica sería al mismo tiempo obligante y autorizante, de manera tal que la distinción entre proposiciones jurídicas “primariamente obligantes” y proposiciones jurídicas “primariamente autorizantes” solo podría ser planteada bajo la adopción de un punto de vista fenomenológico, en referencia a la pregunta de si la proposición jurídica en cuestión “aparece” como **directamente** orientada a la imposición de deberes o al otorgamiento de derechos, respectivamente. Y no está de más reparar aquí en que precisamente este principio de bivalencia de las proposiciones jurídicas es asumido en la caracterización que Binding hace de las “normas” —esto es, de los mandatos y las prohibiciones— como “proposiciones jurídicas afirmativas” (*bejahende Rechtssätze*)¹¹⁷.

En lo que aquí interesa, la importancia de la tesis favorable al carácter bivalente de las “proposiciones jurídicas” radica en su posible consecuencia, a saber: que la distinción entre normas que imponen deberes y normas que confieren derechos sería analíticamente impracticable, en la medida en que —en esos términos— resulta conceptualmente imposible que una norma imponga un deber sin otorgar *eo ipso* algún derecho, así como que una norma otorgue un derecho sin imponer *eo ipso* algún deber. El punto se deja reconocer con

¹¹⁵ BINDING (1922) p. 107. Esto resulta especialmente difícil de conciliar, empero, con la tesis de la correlación entre derechos y deberes: “Pero derecho y deber son conceptos correlativos. A cada derecho se encuentra contrapuesta una obligación, a cada obligación se encuentra contrapuesto un derecho”. Así BINDING (1885) p. 182, aunque introduciendo el *caveat* de que, en tal contexto, el término “deber” habría de ser interpretado *lato sensu*, de modo tal que su extensión no quedaría circunscrita a los casos de deberes personalísimos o “deberes en sentido estricto”. Véase KAUFMANN (1954) pp. 238 ss., quien da cuenta de las variaciones experimentadas por el pensamiento de Binding a este respecto.

¹¹⁶ BINDING (1885) p. 182. Que en el mismo contexto Binding sostenga que “conceptualmente, siempre el deber se sigue del derecho”, en la medida en que “el deber no ha de ser definido más que como la vinculación de un sujeto jurídico a la satisfacción de un derecho ajeno” (nota 6), carece de relevancia para lo que aquí interesa. Bajo la hipótesis del carácter correlativo de derechos y deberes, la tesis inversa es vehementemente defendida por HOLD VON FERNECK (1903) p. 120: “El derecho es el reflejo querido del deber”.

¹¹⁷ Así BINDING (1922) pp. 96 ss.: “Con ello, es característico de las normas que ellas siempre fundamenten un derecho y un deber simultáneamente”. Al respecto también BINDING (1915) pp. 537 ss.

particular nitidez en la siguiente observación de Hruschka, concerniente a las posiciones jurídicas involucradas en una situación de estado de necesidad agresivo:

Pero ahora bien, si el sistema de normas ha de ser hecho transparente, uno puede e incluso tiene que traducir el lenguaje de los permisos, en el cual se ha hablado hasta aquí, en un lenguaje en el cual se hable de los deberes de los intervinientes primarios y secundarios. Existe, precisamente, una relación de correspondencia entre las autorizaciones conferidas en una situación de estado de necesidad y los deberes impuestos en esta situación¹¹⁸.

Hruschka utiliza la expresión “autorización” (*Befugnis*) para designar la posición correlativa a un deber, esto es, para designar aquello que cuenta –à la Hohfeld– como un *derecho*. El problema aquí no es uno de mera estipulación idiomática: nada cabría objetar a semejante uso del término “autorización”, siempre y cuando se reserve alguna otra expresión para designar la posición jurídica de una persona en relación con una acción que (a su respecto) resulta subsumible bajo una norma permisiva, esto es, la posición jurídica consistente en lo que Hohfeld denomina un “privilegio”¹¹⁹. Pero Hruschka no advierte la necesidad de diferenciar una y otra categoría, precisamente porque él parece hacer suya una concepción de las normas “permisivas” como proposiciones jurídicas primariamente autorizantes à la Binding, esto es: como normas que imponen deberes por la vía de conferir derechos correlativos a aquellos.

Semejante concepción “positiva” de las normas permisivas, en tanto normas que fundamentarían derechos –en palabras de Hruschka: “autorizaciones”– y deberes correlativos, está lejos de ser inconsistente en sus propios términos. Lo importante es reparar en su consecuencia normológica: analíticamente, semejante norma “permisiva” en nada se diferencia de una norma prohibitiva. Si una norma prohibitiva puede fundamentar un deber de omitir una acción de cierta clase, cabe asumir –sobre la tesis de la correlación– que esa misma norma también fundamenta un derecho (para alguna otra persona) a que tal acción no sea ejecutada. De ahí que Hruschka sostenga, en el mismo contexto, que “es también indiferente si acaso en la ley se estatuye una autorización por estado de necesidad agresivo [...] o si en vez de ello la ley impone un deber de tolerancia sobre el tercero [...]”¹²⁰. Normológicamente, ello supone renunciar a la distinción misma entre normas prohibitivas y normas permisivas para favorecer, en cambio, una concepción unificadora como la sugerida por Adolf Merkel, según la cual toda norma sería obligante y autorizante a la vez.

Mas esto vuelve inviable seguir hablando de las normas “permisivas” como normas que meramente introducen excepciones frente a un determinado conjunto de normas prohibitivas, a pesar de que este es el modo en que Hruschka caracteriza las normas que a su juicio operarían como “causas de justificación intrasistemáticas”, tal como lo sería, por

¹¹⁸ HRUSCHKA (1988) p. 89.

¹¹⁹ Véase ya HOLD VON FERNECK (1903) pp. 106, 128, a propósito de la diferenciación de las nociones de permiso y derecho.

¹²⁰ HRUSCHKA (1988) p. 90, nota 28.

ejemplo, la norma permisiva del estado de necesidad agresivo¹²¹. El problema está en que semejante caracterización es propia, más bien, de una concepción puramente “negativa” de las normas permisivas. Bajo una concepción como la favorecida por Hruschka, en cambio, el carácter permitido de una acción a cuya ejecución la respectiva norma “permisiva” conferiría un derecho tendría que obtenerse por vía de “implicación”: puesto que sería inconsistente que la acción ϕ , para cuya ejecución una persona cuenta con un derecho –correlativo al deber de algún tercero de no impedirle su ejecución–, contase como prohibida para esa misma persona, habría que asumir que el otorgamiento de un derecho a ejecutar la acción ϕ “implica” que la acción ϕ queda permitida para el titular de ese derecho¹²². Esto muestra cuán anómala resulta la terminología favorecida por Hruschka: la expresión “norma permisiva” no parece ser la más feliz para designar una norma de la cual solo indirectamente cabría extraer –por vía de “implicación”– un *permiso* para ejecutar una determinada acción.

4.3. LAS NORMAS JURÍDICO-PENALMENTE REFORZADAS COMO FUNDAMENTOS DE RELACIONES JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

En contra de la concepción de Hruschka, que ha sido latamente desarrollada por Renzikowski¹²³, cabe asimismo esgrimir una objeción adicional, que excede el marco de una refutación exclusivamente normológica. Pues esa concepción descansa en la hipótesis de que las normas (o “reglas”) de comportamiento del derecho penal funcionarían como fundamentos de relaciones jurídicas entre personas individuales, que respectivamente contarían como sujetos de los correspondientes derechos y deberes. Así por ejemplo, en una situación de estado de necesidad agresivo, la norma permisiva en cuestión fundamentaría el respectivo “derecho de intervención” para la persona cuyos bienes jurídicos se encuentran en peligro así como el correlativo “deber de tolerancia” para el titular de los bienes jurídicos susceptibles de verse afectados por la acción de salvaguarda¹²⁴. Si esto vale tratándose de semejante norma permisiva, lo mismo tendría que valer, *mutatis mutandis*, tratándose de una norma prohibitiva que integre el mismo sistema de normas de comportamiento. Por vía de ejemplo: la prohibición de matar a otro, que fundamenta el deber infringido por el autor de un homicidio, al mismo tiempo tendría que fundamentar el correlativo derecho (“negativo”) de la persona que *ex post* resulta ser la víctima de ese homicidio (en tanto delito consumado).

Esto último es incompatible con el estatus de normas de derecho público que exhiben las así llamadas “normas de comportamiento del derecho penal”. Aquí cabe partir reparando en que el uso de esta última denominación, por más difundido que se encuentre,

¹²¹ Véase HRUSCHKA (1977) pp. 189 ss., 209; HRUSCHKA (1988) pp. 374 ss. Al respecto véase infra, nota 134.

¹²² En este sentido VON WRIGHT (1963) p. 89: “Al otorgar un derecho a algunos sujetos, la autoridad declara su tolerancia de un cierto acto [...] y su intolerancia de otros ciertos actos”. Valga la precisión de que en el texto principal el término “implicación” es usado entre comillas para marcar así que se trata de un uso impropio, que se corresponde más bien con lo que Grice denomina una “implicatura conversacional” (*conversational implicature*): se trata de aquello que un hablante –en este caso: la correspondiente autoridad legislativa– sugiere o da entender al decir lo que dice. Véase GRICE (1975) pp. 43 ss.

¹²³ RENZIKOWSKI (1988) pp. 162 ss., 169 ss.

¹²⁴ Véase HRUSCHKA (1988) pp. 89 ss.; RENZIKOWSKI (1988) pp. 191 ss.

está lejos de hallarse exento de dificultades. Ya Binding impugnó enérgicamente la atribución de naturaleza jurídico-penal a aquellas normas (de comportamiento) cuyo quebrantamiento imputable puede resultar punible; antes bien, se trataría de normas de derecho público general¹²⁵. En parte al menos, ello se explica por la preocupación de Binding en cuanto a que, en caso de atribuirse naturaleza jurídico-penal a las normas de comportamiento, y en atención a que el criterio de legitimación de estas está constituido por un principio de protección de bienes jurídicos, parecería surgir la tentación de atribuir al derecho penal una función (directamente) preventiva¹²⁶.

Aquí no interesa examinar los méritos de la versión bindingiana de una teoría retribucionista de la pena¹²⁷, sino que basta con dar cuenta de que la expresión “normas de comportamiento del derecho penal” admite ser interpretada de un modo que haga justicia a la correcta observación de Binding en cuanto a que la norma quebrantada por el autor de un delito no puede ser entendida, en sus propios términos, como una norma jurídico-penal¹²⁸. Constituyendo el derecho penal el régimen de derecho sancionatorio por autonomía, en tanto subsistema del respectivo sistema jurídico el mismo queda integrado por reglas que definen las condiciones de las cuales depende la imposición y ejecución de sanciones que cuentan como penas; esto es, por el conjunto de normas de sanción penal y las reglas que las complementan, que se corresponden con lo que Binding denominara “leyes penales”. Frente a estas, las normas de comportamiento –en terminología de Binding: las “normas” (a secas)– pertenecen a un nivel de referencia que es conceptualmente anterior, en el sentido preciso de que las normas de sanción fijan las condiciones de las cuales depende la punibilidad del eventual quebrantamiento de una o más normas de comportamiento, lo cual justifica la categorización de estas como normas primarias frente a las normas de sanción en tanto normas secundarias¹²⁹.

Con ello, la clarificación del problema depende de una desambiguación de la preposición “de” en tanto componente (contraído) de la expresión “normas **del** derecho penal”. Las normas de comportamiento son normas “del” derecho penal, mas no porque formen parte del respectivo ordenamiento jurídico-penal, sino más bien porque ellas constituyen su objeto de referencia: se trata de normas cuyo específico criterio (institucionalizado) de reconocimiento consiste en el hecho de que ellas se encuentran –íntegra o fragmentariamente– reforzadas por un determinado conjunto de normas de sanción, cuyo estatus de tales es a su vez pragmáticamente dependiente del hecho de que su condición de aplicación está constituida por el quebrantamiento de un estándar jurídico de comportamiento correcto¹³⁰.

¹²⁵ BINDING (1922) pp. 35 ss.; BINDING (1885) pp. 155 ss.; BINDING (1915) pp. 538 s., 551 ss. En contra véase por ejemplo HÄLSCHNER (1881) pp. 85 ss., 87.

¹²⁶ BINDING (1885) pp. 162 ss.; al respecto véase MAÑALICH (2010) pp. 103 ss.

¹²⁷ Al respecto MAÑALICH (2010) pp. 95 ss.

¹²⁸ Véase al respecto KAUFMANN (1954) pp. 237 ss.

¹²⁹ Al respecto MAÑALICH (2012) pp. 578 ss., 581 ss., con ulteriores referencias.

¹³⁰ Véase VOGEL (1993) pp. 48 ss., quien habla de la necesidad de una “legitimación total” (*vollständige Legitimation*) de las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas, en tanto normas cuyo quebrantamiento ha de ameritar una respuesta como la que distingue al arsenal de sanciones constitutivas de penas (*stricto sensu*).

La tesis de que las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas exhiben el estatus de normas de derecho público tiene una consecuencia fundamental en lo que aquí interesa. Si la respectiva norma de prohibición o de mandato fundamenta un deber para su destinatario, entonces el titular del derecho (subjeto) correlativo a ese deber ha de ser identificado con la persona respecto de quien el destinatario de la norma queda vinculado en tanto (sujeto) portador de ese deber. Tratándose de una norma de derecho público, esa persona solo puede ser el Estado¹³¹. Pero aquí hay que notar que sería impreciso caracterizar el derecho (subjeto) del Estado, correlativo al deber que la norma fundamenta para alguno de sus destinatarios, como un derecho estatal a la sumisión u obediencia¹³². Pues esto último resulta incompatible con el carácter (estrictamente) correlativo de derechos y deberes. Si la norma en cuestión fundamenta el deber de la persona P de omitir (tratándose de una prohibición) o ejecutar (tratándose de un mandato) la acción ϕ , entonces el derecho correlativo a ese deber no puede sino consistir en el derecho a que P omita o ejecute la acción ϕ , respectivamente¹³³. Postular un “derecho abstracto y general de obediencia” como la posición deóntica correlativa al deber fundamentado por la norma correspondiente supondría confundir aquello que la norma exige –a saber: la omisión o la ejecución de una acción de cierta clase– con la mera redescipción de la pretensión de obligatoriedad implicada en la validación de esa norma como fundamento de un deber¹³⁴.

En contra de la identificación de la persona (abstracta) del Estado como “derechohabiente” en el marco de la relación jurídica fundamentada por una norma jurídico-penalmente reforzada, no es pertinente la objeción (retóricamente cargada) de que tal tesis estaría comprometida con un modelo de estatismo autoritario¹³⁵. La objeción incurre en una

¹³¹ Al respecto véase BIERLING (1890) pp. 264 ss., 266 ss.

¹³² Así empero BINDING (1922) pp. 96 ss.; BINDING (1915) pp. 537 ss. Véase sin embargo BINDING (1885) p. 184: “Aquel deber es un deber relativo a un actuar o un omitir determinado, esto es, de una realización de voluntad. El correspondiente derecho se reduce a la autorización para exigir o ver omitida precisamente esta realización de voluntad”.

¹³³ En este sentido ya BIERLING (1905) pp. 183 ss.

¹³⁴ La misma crítica se deja dirigir, *mutatis mutandis*, a la postulación de un “deber de seguimiento de la norma”, construcción invocada como premisa para el reconocimiento de lo que Hruschka denomina “causas de justificación extrasistemáticas”, entendidas como metarreglas que descargarían al destinatario de una norma del (meta-)deber de dar seguimiento a esta, y entre las cuales figurarían las reglas de la legítima defensa y del consentimiento. Véase en este sentido HRUSCHKA (1977) pp. 196 ss.; HRUSCHKA (1988) pp. 373 ss., 379 ss.; también RENZIKOWSKI (1988) pp. 137 ss.; RENZIKOWSKI (2005) pp. 643 ss. En contra NEUMANN (1985) pp. 389 ss., 397 s.; MAÑALICH (2009a) pp. 84 ss.; KINDHÄUSER (2010a) pp. 498 ss.

¹³⁵ Así sin embargo RENZIKOWSKI (1988) pp. 168 ss. En contra HAAS (2002) pp. 77 ss., criticando la “privatización” de las normas jurídico-penalmente reforzadas que se sigue de tal tesis, aunque al mismo tiempo defendiendo la igualmente problemática tesis de la supuesta prioridad axiológica del reconocimiento de derechos subjetivos “privados” frente a la formulación de las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas (pp. 104 ss.). Baste con apuntar aquí que el modelo dualista de Haas –construido sobre una estricta diferenciación de un juicio de antijuridicidad objetiva en sentido jurídico-civil y un juicio de antijuridicidad subjetiva en sentido jurídico-penal, en términos tales que la usurpación de un derecho ajeno en el primer sentido siempre constituiría el objeto de referencia del juicio de quebrantamiento del derecho (público) en el segundo sentido– lleva a una problemática duplicación de la fundamentación del deber cuya infracción puede resultar punible, que por lo demás resulta manifiestamente inadecuada de cara a la protección (jurídico-penalmente mediada) de bienes colectivos. Acertadamente a este último respecto, GÖSSEL (2004) pp. 373 ss.

confusión de la pregunta por la(s) persona(s) respecto de la(s) cual(es) el destinatario de la norma se encuentra inmediatamente vinculado en virtud de su correspondiente posición de deber, por un lado, y la pregunta por la(s) persona(s) en cuyo interés se legitima la finalidad de protección de uno o más bienes jurídicos atribuida a la norma, por otro¹³⁶. Esta confusión resulta del intento de combinar dos modelos incompatibles para la fundamentación de deberes: un modelo de obligación para con terceros, de una parte, y un modelo de vinculación a reglas, de otra¹³⁷. El primer modelo puede ser enteramente pertinente para la reconstrucción de las relaciones jurídicas del derecho privado, pero no lo es tratándose de relaciones de derecho público, como lo son las relaciones jurídicas fundamentadas por las normas cuyo quebrantamiento resulta jurídico-penalmente delictivo.

4.4. BALANCE: LA INEFICACIA DE LAS NORMAS PERMISIVAS PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE DEBERES DE TOLERANCIA

Pero ahora hay que advertir que lo mismo tiene que ser predicable, *mutatis mutandis*, de las normas permisivas cuya aplicabilidad puede condicionar la exclusión de una o más normas prohibitivas jurídico-penalmente reforzadas¹³⁸. Aun en caso de sostenerse –en contra de la tesis aquí defendida– que una norma permisiva pudiera fundamentar un derecho a ejecutar la acción permitida, el deber correlativo a tal derecho, consistente en no impedir la ejecución de la acción permitida, solo podría recaer sobre la persona del Estado. Lo cual representa, a su vez, una razón determinante para abandonar la idea misma de que una norma permisiva pudiera fundamentar derecho o deber alguno. Pues una vez que se advierte la imposibilidad de que tales normas confieran “derechos de intervención” que sean correlativos a “deberes de tolerancia” para otras personas involucradas en la respectiva situación, semejante concepción “positiva” de las normas permisivas pierde buena parte de su potencial atractivo teórico.

Lo anterior tiene una consecuencia de la mayor significación: en la medida en que el derecho correlativo al deber eventualmente infringido por una persona que impide a otra la ejecución de una acción que a su respecto está cubierta por una norma permisiva no tiene como titular al destinatario de la norma permisiva, resulta normológicamente infundado postular la existencia de un “derecho a la legítima defensa” o un “derecho de necesidad”. Pues aunque tanto la norma permisiva de la legítima defensa como las normas permisivas del estado de necesidad defensivo y del estado de necesidad agresivo puedan encontrarse (contingentemente) complementadas por normas prohibitivas que fundamentan deberes de abstención para terceros, estos deberes no son correlativos a derechos cuya titularidad coincida con la titularidad sobre los permisos correspondientes.

¹³⁶ Como aquí KINDHÄUSER (2010) pp. 498 ss. La misma confusión subyace al argumento ofrecido por FERRANTE (2007) pp. 72 ss., en el sentido de que solo la postulación de un genuino derecho de intervención, cuya titularidad corresponda a la persona cuyos bienes jurídicos están en peligro (o bien al tercero que actúa a su favor), resultaría compatible con una fundamentación material de un “deber de tolerancia” que apele al interés de esa persona en la salvaguarda de sus bienes jurídicos.

¹³⁷ Así NEUMANN (1985) pp. 398 ss.; también NEUMANN (2012) pp. 422 ss.

¹³⁸ Específicamente en contra de la concepción de Hruschka y Renzikowski a este respecto, KOCH (2010) pp. 814 ss., 816 ss., argumentando por referencia al principio de monopolio estatal de la violencia.

5. “DEBERES DE TOLERANCIA”: ESTRUCTURA Y FUNDAMENTACIÓN

5.1. LOS DEBERES DE TOLERANCIA COMO DEBERES DE ABSTENCIÓN

Que un “deber de tolerancia” solo pueda estar fundamentado por una norma prohibitiva se deriva del hecho de que por tal no cabe entender sino el deber de omitir una acción de cierta clase, esto es: un deber de abstención¹³⁹. Su especificación como un deber de tolerancia se obtiene de la estructura de la acción cuya omisión es exigida por la norma en cuestión: lo que ha de omitirse es una acción impeditiva de la ejecución de una determinada acción ajena. Esta descripción es independiente de cuál sea la estructura de la acción (ajena) cuya ejecución debe no ser impedida por el portador del deber en cuestión. Trátándose de situaciones en que resulta aplicable una norma permisiva jurídico-penalmente reconocida como una causa de justificación, lo usual es que la acción así permitida –cuya ejecución habría de ser “tolerada” por otras personas– exhiba la estructura de una acción impeditiva de un menoscabo de determinados bienes jurídicos, y así también la de una acción preservativa o “de salvaguarda” de esos mismos bienes jurídicos¹⁴⁰. En tal medida, la infracción de un “deber de tolerancia” a través del impedimento de la ejecución de tal acción preservativa siempre exhibirá la estructura de una interrupción de un curso causal salvador¹⁴¹.

La precisión de que un “deber de tolerancia” no es más que el deber de no impedir la ejecución de una acción ajena es determinante para despejar un posible malentendido en cuanto al alcance de la noción misma de tolerancia en el contexto que aquí interesa. Si respecto de una situación de legítima defensa se sostiene que el agresor tiene un deber de “tolerar” la ejecución de la acción defensiva por parte del agredido (o de un tercero que actúe en interés de este), con ello no se está sosteniendo que el agresor quede inexorablemente obligado a padecer el menoscabo para uno o más de sus bienes jurídicos que puede resultar de la ejecución de la acción defensiva. Por vía de ejemplo: si A se aproxima de manera amenazante hacia B, exhibiendo un cuchillo y exigiéndole la entrega de su billetera, ante lo cual B toma un bate de béisbol para así aturdir a A de un golpe en la cabeza antes de que este pueda seguir acercándose, A no está jurídicamente obligado a padecer el golpe en su

¹³⁹ HRUSCHKA (1988) pp. 90 ss.; véase también SILVA SÁNCHEZ (2009) pp. 983 ss. Semejante noción de **tolerancia** no es en absoluto ajena a otros contextos del discurso de la dogmática jurídico-penal, tal como lo muestra, desde ya, el análisis estructural de la variante de la así llamada “coacción a tolerar” en tanto coacción a la omisión de un ejercicio de resistencia frente a la ejecución de una acción ajena. Véase al respecto MAÑALICH (2009a) pp. 208, 227, con ulteriores referencias. Nótese, por lo demás, que la definición de “tolerancia” como la omisión de una acción impeditiva de la ejecución de una acción por parte de otro vuelve inviable, desde ya, la tesis de que un “deber de tolerancia” podría ser infringido a través de una oposición de “resistencia pasiva” frente a –o una “falta de colaboración activa” con– la ejecución de la acción permitida. Véase sin embargo SILVA SÁNCHEZ (2007) pp. 39 s. En los términos del modelo de teoría de las normas aquí favorecido, semejante deber de acción solo podría estar fundamentado por una norma de mandato, cuyo quebrantamiento pueda entonces exhibir la estructura de un delito omisivo. Véase en cambio GONZÁLEZ LAGIER (2007) pp. 168 ss., según quien, tratándose de una omisión de socorro, “el comportamiento que se califica de esta manera puede ser un comportamiento activo o pasivo”.

¹⁴⁰ Acerca de los conceptos de acción impeditiva (o “preventiva”) y de acción preservativa, véase VON WRIGHT (1963) pp. 42 ss.; VON WRIGHT (1983) pp. 169 s.

¹⁴¹ Véase SILVA SÁNCHEZ (2007) pp. 43 ss.; al respecto también SILVA SÁNCHEZ (2009) pp. 986 ss.

cabeza; antes bien, A perfectamente podría huir del lugar (sin haber logrado hacerse de la billetera ajena), momento en el cual, por lo demás, la agresión antijurídica a él imputable dejaría de ser “actual”, con lo cual la norma permisiva de la legítima se vería a su vez privada de aplicabilidad¹⁴².

La cuestión se clarifica una vez que se advierte que, en el contexto del mismo caso, por “tolerancia” no ha de entenderse más que la omisión de una acción impeditiva de la ejecución de la acción defensiva¹⁴³, lo cual presupone que exista una oportunidad para ejecutar una acción particular que ejemplifique el respectivo tipo de acción, que es precisamente lo que decae una vez que –para seguir con el ejemplo– el (hasta entonces) agresor huye del lugar. De ello se sigue, ahora bien, que el “deber de tolerancia” que puede recaer sobre el agresor en una situación de legítima defensa es exactamente idéntico al deber de abstención que puede recaer sobre cualquier tercero que pudiera estar en posición de impedir la ejecución de la acción defensiva al destinatario de la norma permisiva, en la medida en que la norma prohibitiva que fundamenta el respectivo deber de abstención resulte aplicable tanto para el agresor como para cualquier otra persona¹⁴⁴. A esto último no se opone el hecho de que el estatus deóntico de una acción subsumible bajo una determinada norma permisiva sea relativo-a-la-descripción¹⁴⁵. Pues siguiendo con el ejemplo: si el eventual deber del agresor A, consistente en “tolerar” –esto es: de no impedir– la ejecución de la acción defensiva por parte del agredido B, solo puede estar fundamentado en una norma prohibitiva, es posible sin más que esta resulte aplicable no solo para A, sino para cualquier otra persona que pudiera llegar a intervenir a favor de este.

Pero aquí no se trata en lo absoluto de una peculiaridad de las situaciones de legítima defensa. Lo mismo vale, por ejemplo, tratándose del deber de omitir el impedimento de la ejecución de una acción de salvaguarda cubierta por la norma permisiva del estado de necesidad agresivo. La persona a costa de cuyos bienes jurídicos tiene lugar la salvaguarda de los bienes en peligro, así como cualquier tercero que pudiera intervenir a su favor, resultarán portadores de un idéntico deber de no impedir la salvaguarda, en la medida en que alguna norma prohíba la correspondiente acción impeditiva. Por ello, es infundado pretender que el fundamento sustantivo de tal “deber de tolerancia” habría de ser identificado con

¹⁴² En otras palabras: por la vía de huir del lugar, A suprime la “oportunidad-para-la-acción” que es presupuesto de un ejercicio de legítima defensa por parte (o en interés) de B, pero precisamente porque, a partir del instante en que su agresión deja de ser actual, no se encontrará satisfecha la condición de aplicación de la norma que vuelve permisible ese ejercicio de legítima defensa. Véase al respecto ya BINDING (1915) p. 535. Acerca de la determinación de la condición de aplicación de una norma por referencia a las circunstancias que constituyen la respectiva oportunidad para una cierta acción (“genérica”), véase VON WRIGHT (1963) pp. 35 ss., 73 s.

¹⁴³ Véase HRUSCHKA (1988) p. 375, nota 191, sin distinguir el deber de omitir el impedimento del ejercicio de legítima defensa, por un lado, del deber (situacionalmente previo) de omitir la acción cuya ejecución resulta *ab initio* constitutiva de la correspondiente agresión, por otro. Para la distinción véase ya HOLD VON FERNECK (1905) p. 151.

¹⁴⁴ Por ende, no se trata de que el deber de tolerancia supuestamente impuesto por la norma permisiva de la legítima defensa tenga “efectos *erga omnes*”, como sostiene BALDÓ (1994) pp. 28, 326 ss. Pues como ya se ha sostenido, tal norma no impone deber alguno.

¹⁴⁵ Véase supra, 3.2.

un principio de solidaridad general¹⁴⁶. Pues una apelación a semejante principio se encuentra enteramente fuera de lugar tratándose de la fundamentación de un deber de abstención que puede recaer, en exactamente los mismos términos, no solo sobre el titular de los bienes a costas de los cuales tiene lugar la salvaguarda de los bienes en peligro, sino también sobre cualquier tercero cuyos bienes jurídicos no estén expuestos a sufrir menoscabo alguno resultante a consecuencia de la ejecución de la acción permitida¹⁴⁷. Antes bien, semejante principio de solidaridad general solo viene en consideración como criterio de legitimación material de la norma permisiva del estado de necesidad agresivo, que operará descargando a quien ejecuta la acción de salvaguarda del deber de abstención que, de no resultar excluida la respectiva norma prohibitiva, quedaría fundamentado por esta¹⁴⁸.

5.2. LA RELATIVIDAD-A-LA-PROHIBICIÓN DE LOS DEBERES DE ABSTENCIÓN

Que un deber de tolerancia, en tanto deber de no impedir la ejecución de una acción permitida, solo pueda estar fundamentado por una norma que prohíba la correspondiente acción impeditiva, implica que la existencia de tal deber no puede sino ser contingente¹⁴⁹. Esto también vale tratándose de casos en que el portador del correspondiente deber de abstención pudiera ser un funcionario público (en ejercicio de sus funciones)¹⁵⁰. Para quedarnos con un ejemplo propuesto por Silva Sánchez: A se dispone a forzar la cerradura de una farmacia hospitalaria y hacerse así de un antídoto cuya ingesta neutralice el veneno que se encuentra en su organismo tras haber sido mordido por una serpiente, siendo detenido por el policía P, quien obstaculiza así la maniobra de autosalvamento de A, a consecuencia de lo cual este muere envenenado¹⁵¹.

Tal como observa Silva Sánchez, a P sería *ceteris paribus* imputable un homicidio. Pero esto no se explica por el hecho de que se trate aquí de un impedimento de la ejecución de una acción permitida –*sub specie* estado de necesidad agresivo– por parte de un funcionario público, sino simplemente por el hecho de que este no deja de ser destinatario de la prohibición de matar a otro, que fundamenta el deber de abstención así infringido¹⁵². Lo crucial aquí es que el carácter prohibido de la acción impeditiva necesariamente depende de que esa acción sea subsumible bajo alguna norma prohibitiva, la cual en tal medida ser-

¹⁴⁶ Véase la exposición parcialmente crítica ofrecida por SILVA SÁNCHEZ (2007) pp. 30 ss.

¹⁴⁷ La dificultad es pasada por alto por SILVA SÁNCHEZ (2007) pp. 27 ss.

¹⁴⁸ Esto es correctamente advertido por FERRANTE (2007) p. 71, en su refutación de la tesis según la cual una norma que meramente confiere un permiso –en el sentido de un “privilegio” à la Hohfeld– carecería de relevancia práctica.

¹⁴⁹ Correctamente a este respecto BOUZAT/CANTARO/NAVARRO (2007) pp. 136 ss., 138.

¹⁵⁰ Así empero SILVA SÁNCHEZ (2009) p. 997.

¹⁵¹ SILVA SÁNCHEZ (2009) p. 997, en cuya formulación del caso figuran dos policías.

¹⁵² Esto último no variaría si se validara la tesis de Von Wright –analizada y criticada supra, 2.4.– en cuanto a que una norma permisiva en todo caso equivaldría a una “declaración de tolerancia”, interpretada como una autoprohibición de interferencia, por parte de la respectiva autoridad normativa. Pues como sugieren ATIENZA/RUIZ MANERO (2004) pp. 123 ss., semejante autoprohibición de la autoridad legislativa no equivaldría en modo alguno a una prohibición dirigida a sus agentes.

virá de fundamento para el correspondiente deber de abstención¹⁵³. Para ilustrar el punto, considérese la siguiente variación del caso discutido en la sección precedente:

A se aproxima de modo amenazante hacia B, exhibiendo un cuchillo y exigiéndole que no efectúe movimiento alguno más que el de hacerle entrega de su billetera, ante lo cual B toma un trozo de madera que casualmente se encuentra en el suelo, preparándose para golpear a A en la cabeza en caso de que este siga acercándose. La situación es observada por el tercero C, autodeclarado nihilista y portador de una escopeta de largo alcance, quien sin tener conocimiento previo de A o de B decide someter el destino del suceso a la suerte: si al lanzar una moneda al aire el resultado de la caída es “cara”, C intervendrá a favor de A, disparando sobre B; si el resultado es “sello”, intervendrá a favor de B, disparando sobre A. Habiendo el lanzamiento de la moneda resultado en “cara”, C cumple su autoimposición y efectúa un disparo sobre B, quien recibe el impacto de bala en un hombro, quedando así incapacitado de repeler el acercamiento de A, quien en definitiva logra hacerse de la billetera de B sin que este pueda ya oponer resistencia; B queda herido a consecuencia del disparo.

Aquí cabe dejar de lado el problema de la eventual calificación del hecho en definitiva imputable a A como constitutivo de hurto o de (tentativa de) robo¹⁵⁴, así como el problema del título de intervención que respecto de ese mismo hecho pudiera corresponder a C¹⁵⁵. Más bien, lo que interesa observar es lo siguiente: a través del disparo efectuado con la escopeta, C impide que B llegue a ejecutar una acción defensiva, permitida *sub specie* legítima defensa y consistente en la neutralización del comportamiento agresivo de A, en circunstancias de que ese impedimento tiene lugar a través de la causación de un resultado de lesión corporal en la persona de B. Así, la acción impeditiva de ese ejercicio de legítima defensa por parte de B era una acción que C debía ya omitir en pos del seguimiento de la norma que prohíbe lesionar corporalmente a otro¹⁵⁶, que a su respecto no se encontraba ex-

¹⁵³ Véase BIERLING (1894) p. 94, nota 14.

¹⁵⁴ En la medida en que no cabe reconocer coautoría entre A y C, dado que el primero ni siquiera ha estado al tanto de la contribución a ser prestada por el segundo, a A no es imputable un hecho constitutivo de robo *consumado*, por no satisfacerse la exigencia de conexión funcional entre el ejercicio de coacción mediante amenaza (en la forma de una “intimidación” asociada a la exhibición amenazante del cuchillo) y el éxito de la acción de apropiación por él ejecutada.

¹⁵⁵ Baste con apuntar aquí que el estatus de acción auxiliar que exhibe la acción impeditiva ejecutada por C respecto de la acción de apropiación ejecutada por A, en conjunción con la circunstancia (adicional) de que no sea posible reconocer coautoría entre ambos, determina que C no pueda ser autor, sino solo cómplice en relación con el correspondiente delito de apropiación.

¹⁵⁶ Bajo el modelo de teoría de las normas aquí favorecido, el deber en cuestión se deja formular al modo de la conclusión de una inferencia práctica, que (construida en tercera persona) indica la acción que el destinatario de la norma ha de omitir para así ajustar su comportamiento a la norma de prohibición. Así, el deber de abstención queda *ex ante* constituido como el deber de omitir una acción que, en caso de ser ejecutada, *ex post* habría de satisfacer las propiedades de las cuales depende su subsunción bajo la norma prohibitiva. Con arreglo al principio *ultra posse nemo obligatur*, el deber así fundamentado queda delimitado por la propia capacidad física y la representación de las circunstancias relevantes de las cuales dispone el destinatario de la norma. En detalle

cluida por norma permisiva alguna¹⁵⁷. Con ello, la fundamentación del deber de abstención infringido por C resulta dependiente de una descripción de su acción bajo la cual esta no cuenta como una acción meramente impeditiva de la ejecución de la acción defensiva por parte de B, sino como una acción causativa de lesiones corporales para otro¹⁵⁸.

La cuestión no varía si como posible fundamento del “deber de tolerancia” infringido por C se invocase la norma cuyo quebrantamiento imputable es constitutivo de un delito de coacción. Pues que el impedimento de la ejecución de una acción ajena efectivamente llegue a satisfacer el contenido semántico de la prohibición de la coacción depende, empero, del modo por el cual tenga lugar el impedimento. Bajo su configuración en el derecho alemán¹⁵⁹, el carácter prohibido *sub specie* coacción del impedimento de la ejecución de una acción ajena –en el sentido de una coacción a la omisión de una acción– dependerá de que ello tenga lugar por medio de violencia o de amenaza¹⁶⁰. En estos términos, la prohibición de la coacción también sirve como fundamento de un deber de abstención infringido por C, en la medida en que el disparo efectuado por este sobre B, con el propósito de dejarlo impedido de oponer resistencia frente a la agresión de A, cuenta como una instancia de coacción mediante violencia –en el sentido de una *vis absoluta*– a que otro tolere una determinada acción ajena¹⁶¹; esto es, a que omita una acción impeditiva de la ejecución de una determinada acción ajena. Así, también desde el punto de vista de la prohibición de la coacción, el carácter prohibido de la acción de C es relativo a una descripción que no la reduce al **mero** impedimento de la ejecución de una acción ajena.

Lo anterior quiere decir que la fundamentación de un “deber de tolerancia” también queda sometida a un principio de relatividad-a-la-descripción: una persona infringe un deber de abstención por la vía de impedir a otra la ejecución de una acción permitida si y solo si esa acción impeditiva satisface alguna descripción que la haga subsumible bajo una norma prohibitiva (que a su vez no se encuentre excluida por norma permisiva alguna).

al respecto, KINDHÄUSER (1989) pp. 50 ss.; KINDHÄUSER (2008) pp. 9 ss., 16 ss.; MAÑALICH (2009a) pp. 46 ss., 54 ss., con ulteriores referencias.

¹⁵⁷ Pues la acción defensiva de B, cuya ejecución se ve impedida por el disparo efectuado por C, cuenta como una acción permitida (en sentido fuerte), en razón de lo cual su inminente ejecución no constituía ya una agresión antijurídica para A, frente a la cual C pudiera ejercer, a su vez, legítima defensa (de tercero).

¹⁵⁸ Esto último es pasado por alto por GÓZALEZ LAGIER (2007) pp. 164 ss., quien afirma el carácter “autónomo” del deber de tolerancia correlativo al respectivo “derecho de intervención” en casos de preponderancia del interés en la conservación del bien jurídico salvaguardado frente al interés en la conservación del bien jurídico sacrificado a través de la respectiva acción de salvaguarda: “Cualquier acción (u omisión) que se pueda interpretar como ‘impedir la acción de salvaguarda’ queda prohibida”.

¹⁵⁹ En detalle al respecto MAÑALICH (2009a) pp. 213 ss., 231 ss.

¹⁶⁰ Para la extrapolación del modelo regulativo alemán como clave de reconstrucción de la regulación de la coacción violenta y las amenazas condicionales bajo el derecho español, véase BASCUÑÁN (1994) pp. 218 ss., 267 ss., 280 ss.; en relación con el derecho chileno, véase MAÑALICH (2009b) pp. 46 ss., 53 ss., 99 ss.

¹⁶¹ La exigencia de un propósito coercitivo referido a la ejecución o la omisión de una determinada acción de parte del coaccionado, en la forma de un específico elemento subjetivo del tipo de la coacción, se explica a consecuencia de la estructura de esta como un delito de desplazamiento de libertad. Al respecto MAÑALICH (2009a) pp. 246 ss., con ulteriores referencias.

5.3. EL ESTATUS JURÍDICO-PENAL DE LA INFRACCIÓN DE UN DEBER DE TOLERANCIA

De lo anterior se sigue que un “deber de tolerancia” puede encontrarse simultáneamente fundamentado por más de una norma prohibitiva. Esto es precisamente lo que sucede tratándose de la acción consistente en el disparo del arma de fuego efectuado por C en el caso del ejemplo: su deber de omitir el disparo se fundamenta tanto en la prohibición de las lesiones corporales como en la prohibición de la coacción. Ello se deja articular en términos de que una y otra norma prohibitiva representan razones **compatibles** para la omisión de una misma acción, en el sentido de que una y otra sirven de premisa para la omisión de una misma acción por parte de C, a quien en tal medida resultará *ceteris paribus* imputable una doble infracción de deber en “unidad de hecho” o concurso ideal¹⁶².

Esto último presupone una respuesta a la pregunta acerca del estatus jurídico-penal de la infracción de un deber de tolerar la ejecución de una acción ajena cubierta por alguna norma permisiva¹⁶³. A este respecto, y en congruencia con la tesis por él defendida¹⁶⁴, Hruschka sostiene que habría casos en que la punibilidad del comportamiento de una persona se fundaría en la infracción de uno o más deberes que se derivarían de las normas que regulan las distintas variantes de estado de necesidad (agresivo y defensivo) con efecto justificante¹⁶⁵. Considérese el siguiente caso:

Nadando en un lago, X ha sufrido un calambre y se encuentra próximo a ahogarse. A se acerca a la caseta en que E mantiene bajo llave un bote de su propiedad. A tiene el plan de romper el candado de la caseta, introducirse al lago en el bote de E y así rescatar a X. Al advertir la situación y la intención de A, E impide a A con violencia –sujetándolo con ambos brazos– romper el candado y hacer así uso del bote. X muere ahogado; este habría sido salvado si E no hubiese impedido la destrucción del candado y la utilización del bote por parte de A¹⁶⁶.

Correctamente, Hruschka concluye que E sería autor tanto de un delito de homicidio en la persona de X como de un delito de coacción en la persona de A¹⁶⁷. Esto último no exhibe mayor complejidad: por la vía de sujetar a A con ambos brazos, E lo coaccionó violentamente –y más precisamente: mediante *vis absoluta*– a omitir una maniobra de salvamento que habría preservado la vida de X; puesto que la acción de salvamento que A se disponía a ejecutar se encontraba a su vez cubierta por la norma permisiva del estado de necesidad agresivo –dada la situación de peligro en que se encontraba X y la preponderancia de su interés en la conservación de su vida frente al interés de E en la intangibilidad de

¹⁶² Acerca del concepto jurídico-penal de unidad de hecho y la consiguiente estructura del concurso ideal, véase MAÑALICH (2011) pp. 148 ss., 152 ss.

¹⁶³ Véase SILVA SÁNCHEZ (2007) pp. 38 ss., 46 ss.

¹⁶⁴ Véase *supra*, 4.2. y 4.3.

¹⁶⁵ HRUSCHKA (1988) p. 68.

¹⁶⁶ HRUSCHKA (1988) p. 72.

¹⁶⁷ HRUSCHKA (1988) pp. 83 ss.

su propiedad sobre el candado, la caseta y el bote—, su ejecución no constituía una agresión antijurídica en el sentido de la norma permisiva de la legítima defensa¹⁶⁸.

La constatación de la existencia de un delito de homicidio, por su parte, depende del reconocimiento de que, por la vía de impedir coercitivamente la ejecución de la acción de salvamento por parte de A, E ha ejecutado una acción productiva de la muerte de X, en la forma de una interrupción de un curso causal salvador. En los términos del modelo de análisis causal aquí favorecido: E condiciona activamente —a través de la sujeción violenta de A— que A no ejecutara una acción de salvamento a favor de X, en circunstancias de que la falta de ejecución de tal acción por parte de A cuenta —a modo de condición parcial negativamente formulada— como un componente necesario de una condición mínima suficiente, *ceteris paribus*, para la muerte de X¹⁶⁹. De este modo, la acción impeditiva de la ejecución de una acción de salvamento puede ser redescrita, en el sentido del así llamado “efecto acordeón”¹⁷⁰, como una acción productiva de la muerte de X, sin que la prohibición de matar a otro haya resultado situacionalmente desplazada por norma permisiva alguna.

Lo que aquí interesa, empero, es el hecho aparentemente trivial de que como autor de un delito comisivo —sea de homicidio, sea de coacción, o de cualquier otro género— solo puede venir en consideración una persona a la cual sea imputable el quebrantamiento de la respectiva norma prohibitiva. En tal medida, el “deber de tolerancia” infringido por E no es más que el resultado de la superposición circunstancial del deber de abstención fundamentado por la prohibición del homicidio y el deber de abstención fundamentado por la prohibición de la coacción, en tanto normas “unitariamente” quebrantadas a través de la falta de omisión de una misma acción. Fundamentar semejante deber de abstención en la norma permisiva bajo la cual es subsumible la acción cuya ejecución es impedida por quien infringe ese deber, no solo es normológicamente inviable, sino también superfluo.

6. LA CLAUSURA NORMOLÓGICA DE LA PERMISIÓN DE ACCIONES DEFENSIVAS

6.1. LA FUNCIÓN DE CLAUSURA DE LA NORMA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Que una norma permisiva no puede fundamentar deber alguno, incluidos aquellos deberes de abstención que reciben la denominación de “deberes de tolerancia”, es del todo compatible con que una norma permisiva pueda tener incidencia negativa en la constitu-

¹⁶⁸ HRUSCHKA (1988) p. 87, correctamente observa que, para negar asimismo la aplicabilidad de la norma del estado de necesidad defensivo a favor de E, es necesario introducir aquí una restricción de su alcance, en términos de que “la defensa frente a un peligro no está justificada bajo el derecho del estado de necesidad defensivo si el peligro, en tanto procediera del actuar de un ser humano, hubiese sido generado de modo conforme a derecho”. Al respecto infra, 6.2.

¹⁶⁹ Véase en este sentido KINDHÄUSER (1989) pp. 90 s.; ya PUPPE (1980) pp. 895 ss., 903 ss.; recientemente PUPPE (2011) pp. 432 ss.; al respecto véase también VON WRIGHT (1974) pp. 73 ss., 101 ss. En contra véase HAAS (2002) pp. 212 ss., 217 ss.; exhaustivamente MOORE (2009) pp. 426 ss., 459 ss. (bajo la tesis de que una relación de condicionalidad contra-fáctica no sería condición necesaria ni condición suficiente para la existencia de una relación de causalidad). Desde otra perspectiva argumenta PÉREZ BARBERÁ (2007) pp. 98 ss., quien sostiene que en tales casos cabría reconocer un “nexo de determinación”, pero no un “nexo causal”.

¹⁷⁰ Al respecto véase DAVIDSON (2001) pp. 53 ss.; también KINDHÄUSER (1989) pp. 50 ss.

ción de semejante deber de tolerancia. Más exactamente: por la vía de excluir una o más normas prohibitivas que de lo contrario habrían resultado aplicables, la norma permisiva en cuestión puede fundamentar la posición deóntica opuesta a tal deber, a saber: un permiso, entendido como un “privilegio” *à la* Hohfeld. Como se intentará mostrar a continuación, esto ofrece una clave para la determinación del sentido preciso de la exigencia de *antijuridicidad* –o “ilegitimidad”– de la agresión en tanto presupuesto de la permisión de una acción a título de legítima defensa.

Aquí puede ser conveniente volver sobre el caso construido por Hruschka y discutido en la sección precedente. Lo que interesa ahora es reparar en que, desde el punto de vista de la posición de E, la ejecución de la acción de salvamento de X por parte de A constituye una instancia de comportamiento **agresivo**, en tanto el salvamento había de tener lugar a través de un menoscabo de bienes jurídicos de E, a quien no resultaba atribuible (o imputable) la generación de la situación de peligro en que se encuentra X¹⁷¹. En tal medida, cabe reconocer la existencia de una agresión (actual) por parte de A respecto de E. Pero esto no basta para que la acción impeditiva de la ejecución de la acción de salvamento, bajo su descripción como un ejercicio de coacción violenta (a omitir esa acción de salvamento) por parte de E, pudiera resultar permitida *sub specie* legítima defensa¹⁷². Pues esto último depende, adicionalmente, de que esa misma agresión sea **antijurídica**. Lo cual no es el caso, puesto que la acción de salvamento a ser ejecutada por A favor de X habría resultado subsumible bajo la norma permisiva del estado de necesidad **agresivo**¹⁷³.

En efecto, la acción a cuya ejecución se disponía A, consistente en la utilización del bote de E, en conjunción con la acción –preparatoria de esta última– consistente en la fractura del candado que aseguraba la puerta de la caseta donde el bote se encontraba guardado, resulta permitida *sub specie* estado de necesidad agresivo, en la medida en que esa misma acción –de no haber sido su ejecución impedida coercitivamente por E– habría a la vez contado como una acción de salvaguarda de la vida de X, consistente en el impedimento de su muerte por inmersión¹⁷⁴. Que la acción de salvamento de la vida de X, a costa del me-

¹⁷¹ HRUSCHKA (1988) p. 86.

¹⁷² Bajo su descripción como acción productiva de la muerte de X (en la forma de la interrupción de un curso causal salvador), en cambio, ni siquiera cabe plantear la aplicabilidad de la norma permisiva de la legítima defensa, en la medida en que X no cuenta como agresor respecto de E. Así HRUSCHKA (1988) pp. 83 ss., quien observa que la causación de la muerte de X solo podría llegar a quedar justificada a título de estado de necesidad defensivo, en la medida en que el peligro (concreto) para la propiedad de E provendría “mediatamente” de la situación en que se encuentra X, en tanto necesitado de ser salvado a costa del menoscabo de la propiedad de E. Pero una permisión a título de estado de necesidad defensivo resulta descartada por cualquiera de las dos siguientes consideraciones: primero, y como observa Hruschka, porque en el caso no se ve satisfecho el estándar de proporcionalidad requerido para ello; y segundo, porque la permisión del estado de necesidad defensivo ha de entenderse sometida –por analogía a la correspondiente cláusula de la permisión de la legítima defensa– a la exigencia de que la generación del peligro frente al cual cabría adoptar una determinada maniobra defensiva no se encuentre cubierta por una norma permisiva; a este respecto, véase *infra*, 6.2.

¹⁷³ HRUSCHKA (1988) pp. 69 ss., 86.

¹⁷⁴ Pues así descrito el complejo de acciones a cuya ejecución se disponía A, se ven satisfechos los presupuestos, adicionales a la existencia de una situación de peligro inminente para los bienes jurídicos de otro, de los cuales depende la correspondiente permisión, a saber: la preponderancia (considerable) del menoscabo de los bienes jurídicos salvaguardados frente al menoscabo de los bienes jurídicos sacrificados; y la inexistencia de una alter-

noscabo de la propiedad de E, se encontrara cubierta por la norma permisiva del estado de necesidad agresivo determina que su ejecución por parte de A no cuenta como una agresión *antijurídica* –o “ilegítima”–, de modo tal que el impedimento coercitivo de su ejecución por parte de E no resultaba permitido *sub specie* legítima defensa. Pues la antijuridicidad –o “ilegitimidad”– de la agresión, en tanto presupuesto de la permisión de la legítima defensa, precisamente queda excluida si la acción cuya ejecución cuenta como posible instancia de agresión resulta subsumible bajo alguna norma permisiva¹⁷⁵. De ahí que ya Oetker correctamente observara que la exigencia de “antijuridicidad” de la agresión tendría que ser estrictamente entendida como la exigencia de que ella tenga lugar “sin autorización”¹⁷⁶.

De este modo, la norma permisiva de la legítima defensa desempeña, en virtud de la estructuración de su condición de aplicación, una función de clausura en la configuración de los deberes de tolerancia relativos a la ejecución de una acción cubierta por alguna norma permisiva (o en general por una causa de justificación)¹⁷⁷. Puesto que tal deber de tolerancia no es sino un deber de abstención impuesto por alguna norma prohibitiva, y puesto que la norma prohibitiva en cuestión puede resultar excluida a consecuencia de la aplicabilidad de alguna norma permisiva, quedando entonces neutralizada la primera como fundamento de un eventual deber de abstención, la exigencia de antijuridicidad de la agresión como presupuesto de la permisión a título de legítima defensa sirve de obstáculo a una fundamentación “subóptima” de las posiciones deónticas que definen la respectiva situación de colisión. Pues volviendo al caso del ejemplo: si la permisión a título de legítima defensa no quedase condicionada por la exigencia de antijuridicidad de la agresión, E se vería descargado del deber –impuesto por la prohibición de la coacción– de omitir el impedimento coercitivo de la ejecución de la acción de salvamento de X por parte de A; pero entonces A tampoco sería portador de un deber de omitir el impedimento de la ejecución de tal acción defensiva por parte de E, y así sucesivamente. Aquí se muestra la sabiduría del dogma según el cual “contra el ejercicio de legítima defensa no hay legítima defensa”¹⁷⁸, que no

nativa de salvamento igualmente viable y menos lesiva, en el sentido de la así llamada “cláusula de subsidiariedad”.

¹⁷⁵ Esto deja abierta la cuestión relativa a la determinación de los presupuestos de la imputabilidad de la agresión antijurídica a la persona que cuenta –en tal medida– como agresor. Véase *infra*, notas 184 y 186.

¹⁷⁶ OETKER (1908) pp. 263 ss. Llamativamente, BINDING (1885) p. 740, con nota 31, llegó a proclamar, por el contrario, la posibilidad (marginal) de un ejercicio de legítima defensa “contra acciones conforme a derecho”. Pero el caso ofrecido como ejemplo principal muestra que la premisa es falsa: la situación en la cual el soldado del país X mata al soldado del país Y, cuando este se disponía a matarle “en el acto”, se distingue más bien por la circunstancia de que, en el contexto del combate desarrollado a modo de acción de guerra, la aplicabilidad de la prohibición de matar se encuentra suspendida entre las fuerzas (activamente) combatientes –lo cual dista de ser no problemático; véase al respecto ESER (2011); también NEUMANN (2012) pp. 420, 431 ss. Pues así se explica que el inminente ataque del soldado del país Y –tal como observa Binding– no cuente ya como una agresión antijurídica respecto del soldado del país X, quien en definitiva lo mata. De ahí que tampoco sea casualidad que, a pesar de que él sostenga que semejantes casos de una “colisión de derechos” también podrían darse “al interior de una misma comunidad (estatal)”, los demás ejemplos mencionados por Binding estén constituidos por casos de salvaguarda de bienes jurídicos “nacionales” frente a agresiones “extranjeras”.

¹⁷⁷ Indiciariamente en este sentido ya BIERLING (1894) p. 180.

¹⁷⁸ BINDING (1885) p. 743; OETKER (1908) p. 256.

es más que una implicación de la proposición (dogmáticamente trivial) de que contra una agresión legítima no hay legítima defensa¹⁷⁹.

6.2. EXTRAPOLACIÓN A LA NORMA DEL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO

Aquí es crucial reparar en la variable que determina que de la norma permisiva de la legítima defensa pueda predicarse semejante función de clausura, a saber: la estructura de la acción permitida como una acción **defensiva**. La acción en cuestión ha de poder ser descrita como una acción que neutraliza alguna instancia de comportamiento agresivo de otro, en circunstancias de que esa misma acción defensiva, en tanto eventualmente lesiva de bienes jurídicos ajenos (aquí: del agresor), también puede satisfacer una descripción que la convierte en una acción agresiva¹⁸⁰, que en tanto tal podría ser neutralizada a través de una ulterior acción defensiva de parte de otro. Pero si esto vale tratándose de una situación de legítima defensa, entonces también ha de valer tratándose de una situación de estado de necesidad defensivo, precisamente porque aquí también la acción respectivamente permitida ha de contar como una acción defensiva, que en tal medida ha de neutralizar la generación o la intensificación de un peligro “agresivamente” proveniente de otra persona¹⁸¹.

A diferencia de la norma permisiva del estado necesidad agresivo, para cuya legitimación ha de invocarse un principio de solidaridad general¹⁸², las normas permisivas de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo pueden ser legitimadas bajo un

¹⁷⁹ Que la formulación resulte casi tautológica se explica por el hecho de que el término “legítima defensa” es interpretado de un modo que presupone ya la antijuridicidad de la agresión en cuestión.

¹⁸⁰ De ahí que en la literatura más antigua sea usual encontrar la caracterización de la acción defensiva a modo de “contra-agresión”. Así por ejemplo BINDING (1885) p. 750; LÖFFLER (1901) p. 543.

¹⁸¹ Véase BINDING (1913) p. 191, aunque argumentando a favor de una aplicación analógica de la regulación de la legítima defensa a casos de peligros provenientes de cosas. Esto vuelve comprensible que, antes de que el estado de necesidad defensivo fuese nítidamente reconocido como categoría diferenciada, llegara a ser postulada una distinción entre dos modalidades de legítima defensa, que en lo fundamental anticipa la distinción, hoy ya estandarizada, entre la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo. En este sentido, véase LÖFFLER (1901) pp. 542 ss., proponiendo una distinción entre “defensa por repulsión” (*Trutzwehr*) y “defensa necesaria” (*Notwehr*), la cual se aproxima muy de cerca a la distinción entre legítima defensa y estado de necesidad defensivo, hasta el punto de que Löffler sostenga que el § 228 del BGB regularía una variante de “defensa necesaria” *stricto sensu*. La distinción se construye como sigue: bajo la primera categoría, el presupuesto de la permisión estaría constituido por una agresión antijurídica plenamente imputable a otra persona; bajo la segunda, en cambio, por la generación de un peligro proveniente de una cosa o un animal de otra persona, o bien atribuible a una persona que actúa sin capacidad de culpabilidad. No deja de ser notable, por lo demás, que Löffler también apoyara su tesis en la observación idiomática de que la expresión “defensa necesaria” –que es la traducción más obvia del término alemán “Notwehr”– resultaría mucho más apropiada para la segunda categoría que para la primera. (Nótese que la propuesta de Löffler puede ser entendida como una inversión de la tesis favorecida por BINDING (1885) pp. 735 ss., 738 s., quien entendía como casos de legítima defensa aquellos que actualmente son tenidos por casos paradigmáticos de estado de necesidad defensivo.) El punto resulta de la mayor importancia de cara a ordenamientos jurídicos que carecen de una regulación legal del estado de necesidad defensivo, en cuyo marco la permisión del estado de necesidad defensivo tendría que ser extraída por vía de construcción analógica a partir de la regulación de la legítima defensa, y no en cambio a partir de la regulación del estado de necesidad agresivo.

¹⁸² Véase RENZIKOWSKI (1988) pp. 188 ss., 191 ss., 196 ss., aunque extendiéndose –con arreglo a una concepción “positiva” de las normas permisivas que operan como causas de justificación– a la legitimación directa de los correspondientes “deberes de tolerancia”; también BALDÓ (1994) pp. 67 ss., 90 ss.

principio de autonomía (o “libertad negativa”), cuyo alcance puede verse limitado por un principio de solidaridad¹⁸³. Lo anterior significa, desde ya, que la diferente amplitud de una y otra permisión resulta explicable en atención a la medida en que la generación o intensificación del peligro concreto para los bienes jurídicos de otro resulte atribuible a la persona cuyos bienes jurídicos pueden resultar menoscabados a través de la correspondiente manobra defensiva¹⁸⁴. Así, el mayor alcance de la norma permisiva de la legítima defensa, que en principio solo queda delimitado por la exigencia de necesidad racional de la correspondiente modalidad de defensa, se explica por la mayor estrictez de su condición de aplicación, que se identifica con la situación que funge como oportunidad para la ejecución de la acción defensiva: la permisión del menoscabo de bienes jurídicos de otra persona a título de legítima defensa depende de que a esta persona sea (propia) imputable la generación de un peligro concreto a título de “agresión”¹⁸⁵.

Una indagación en los presupuestos de la imputabilidad (*stricto sensu*) de la instancia de comportamiento de cuya consiguiente calificación como agresión se trata, no es algo que pueda emprenderse en este marco¹⁸⁶. Pero es claro que se trata de presupuestos considerablemente más exigentes que aquellos de cuya satisfacción depende una permisión *sub specie* estado de necesidad defensivo. Esto se sigue del hecho de que el alcance de esta última norma permisiva –cuya determinación precisa sigue siendo controversial– resulta considerablemente más restringido, en tanto definido por una inversión del estándar de proporcionalidad que condiciona una permisión a título de estado de necesidad agresivo¹⁸⁷,

¹⁸³ Véase al respecto RENZIKOWSKI (1988) pp. 178 ss., 185 ss., 194 ss. Fundamental en la bibliografía en castellano BALDÓ (1994) pp. 47 ss., 59 ss., 63 ss., 65 ss., 77.

¹⁸⁴ Véase BALDÓ (1994) pp. 70 ss.

¹⁸⁵ Fundamental al respecto FRISTER (1988) pp. 303 ss., demostrando la plausibilidad de una fundamentación materialmente monista de la permisión de la legítima defensa, que prescinda enteramente del tópico de la “defensa del ordenamiento jurídico”. La introducción de las así llamadas “restricciones ético-sociales”, más allá de cuál sea su catálogo y de cómo tenga lugar su fundamentación precisa, se deja entender como expresiva de una delimitación del alcance de la permisión sobre la base de un criterio de solidaridad *mínima* para con el agresor. Véase al respecto BALDÓ (1994) pp. 65 ss., 74 ss., 77. Puesto que las “restricciones” que conciernen a algún déficit de responsabilidad del potencial agresor admiten ser entendidas como presupuestos (internos a la situación de legítima defensa) de la imputabilidad de la agresión, el problema queda ante todo circunscrito a casos de manifiesta desproporcionalidad, incluidos los casos de “agresiones de bagatela”. Para la reconstrucción normológica del problema, véase supra, nota 91.

¹⁸⁶ Es en este contexto –y no por referencia a la exigencia de la antijuridicidad o “ilegitimidad” de la agresión– que cabe discutir si acaso la agresión ha de ser “culpable”; acertadamente FRISTER (1988) pp. 305 ss. A favor de la exigencia de culpabilidad de la agresión (antijurídica), véase también HRUSCHKA (1988) pp. 139 ss., 141 ss.; RENZIKOWSKI (1988) pp. 283 ss.; JAKOBS (1991) 12/18; PAWLIK (2003) pp. 14 ss.; en contra BALDÓ (1994) pp. 304 ss. En cualquier caso, hay que advertir que semejante exigencia de “culpabilidad” no puede ser entendida en sentido técnico, pues el juicio de culpabilidad jurídico-penal se encuentra *ex definitione* referido al eventual quebrantamiento de una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada, presupuesto que no integra la condición de aplicación de la norma permisiva de la legítima defensa. En este sentido KINDHÄUSER (2010b) § 32, n.m. 26.

¹⁸⁷ Véase HRUSCHKA (1988) pp. 78 ss., 101 ss., aunque bajo una problemática comprensión utilitarista de la cláusula de proporcionalidad en ambos ámbitos. Con independencia de esto último, a favor de esta solución –que se corresponde con lo dispuesto en el § 228 del BGB– habla el hecho de que de ese modo se garantiza la consistencia del respectivo sistema de normas permisivas. Pues si el menoscabo de los bienes jurídicos afectados por la acción defensiva resulta considerablemente superior al menoscabo que habría de resultar del peligro al

en conjunción con la exigencia de que no exista una alternativa de salvaguarda menos lesiva, en el sentido de la así llamada “cláusula de subsidiariedad”. Y justamente el hecho de que una permisión *sub specie* legítima defensa no quede condicionada por una exigencia de subsidiariedad ofrece la clave para identificar el criterio por referencia al cual han de ser reconstruidos los presupuestos de una situación de legítima defensa: una “agresión (antijurídica) actual” solo es imputable a una persona que se encuentre actualmente en posición de motivarse, de modo exigible, a evitar intencionalmente la respectiva instancia de comportamiento agresivo¹⁸⁸. De ahí que la permisión de la correspondiente acción defensiva no resulte condicionada por la eventualidad de que el agredido disponga de una alternativa (igualmente eficaz) para eludir el menoscabo de sus bienes jurídicos potencialmente resultante de la agresión antijurídica –por ejemplo, por la vía de huir del lugar del suceso– sin menoscabar uno o más bienes jurídicos del agresor. Pues bajo tal definición de lo que cuenta como una agresión (antijurídica) actual, la evitación de la producción de un menoscabo para los bienes del agredido no atañe a este, sino al agresor.

Con ello, la mayor estrictez de la permisión de una acción defensiva *sub specie* estado de necesidad defensivo ha de ser explicada con cargo a la mayor laxitud que exhibe la condición de aplicación de la norma correspondiente: la generación del peligro concreto para los bienes jurídicos de cuya salvaguarda se trata ha de provenir de “la esfera” del titular de los bienes expuestos a ser menoscabos a través de la correspondiente maniobra defensiva¹⁸⁹, sin que ello dependa de que esta misma persona sea capaz de evitar intencionalmente la generación o intensificación del peligro en cuestión. Esto último explica, entonces, que en tal caso para el “agredido” (*lato sensu*) no resulte permitida la respectiva acción defensiva, si él mismo cuenta con una posibilidad (igualmente eficaz) de eludir de otro modo el menoscabo de sus propios bienes.

Aquí tampoco es posible examinar la pregunta –por lo demás bastante ignorada– acerca de cómo habrían de ser reconstruidos los presupuestos de la correspondiente “alocación” de ese peligro en la esfera de la persona cuyos bienes jurídicos pueden verse afectados

que se encuentran expuestos los bienes de cuya salvaguarda se trata, la salvaguarda de aquellos resultaría permitida *sub specie* estado de necesidad agresivo. Lo cual sugiere que, en tal caso, ha de quedar descartada una permisión *sub specie* estado de necesidad defensivo de la respectiva acción de salvaguarda, permisión cuyo alcance resulta limitado, entonces, con arreglo a un principio de solidaridad mínima, el cual precisamente legitima la permisión a título de estado de necesidad agresivo. Así RENZIKOWSKI (1988) pp. 191 ss., 194 ss., 238 ss., 244 ss., quien acertadamente habla de una “reciprocidad entre el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo”; también PAWLIK (2003) pp. 12 ss.; BALDÓ (1994) pp. 66 ss.

¹⁸⁸ Esta articulación del criterio tiene la ventaja de resultar congruente con la tradicional distinción entre dos niveles de imputación (ordinaria) en función de la distinción entre una capacidad de intencionalidad de primer orden (“capacidad de acción”) y una capacidad de intencionalidad de segundo orden (“capacidad de motivación”), sin prejuzgar una correspondencia estricta de sus presupuestos específicos con aquellos de los cuales depende la imputación del quebrantamiento de una norma jurídico-penalmente reforzada. Para un argumento en esta línea, véase ya RENZIKOWSKI (1988) pp. 279 ss., 283 ss.

¹⁸⁹ A pesar de su proximidad estructural, la norma permisiva de la legítima defensa no constituye *lex specialis* frente a la norma permisiva del estado de necesidad defensivo, en la medida en que entre ellas se da una relación de interferencia, y no de subordinación o inclusión, lo cual resulta del hecho de que la condición de aplicación de la primera sea más estricta que la de la segunda, mientras que el alcance de la permisión es más estricto bajo la segunda que bajo la primera. Coincidentemente JAKOBS (1991) 11/17.

por una acción permitida a título de estado de necesidad defensivo, que Köhler caracteriza al modo de una “imputación objetiva” *stricto sensu*¹⁹⁰. Lo que interesa, más bien, es constatar que la condición de aplicación de la norma permisiva del estado de necesidad defensivo tiene que entenderse sometida a la misma cualificación a la cual se encuentra sometida la condición de aplicación de la norma permisiva de la legítima defensa. Esto es: la generación o intensificación “agresiva” (*lato sensu*) del peligro –que hace “necesaria” la ejecución de una acción defensiva– ha de ser antijurídica en el mismo sentido en que ha de serlo una agresión actual en tanto presupuesto de una permisión *sub specie* legítima defensa¹⁹¹. De esta manera, la norma permisiva del estado de necesidad defensivo no resulta aplicable si la respectiva generación o intensificación “agresiva” del peligro queda cubierta por alguna norma permisiva. Con ello, en la reconstrucción del correspondiente sistema de normas queda desactivada la posibilidad de un regreso al infinito en la fundamentación de permisos para el impedimento “defensivo” de la ejecución de acciones a su vez permitidas en sentido fuerte.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1971): *Normative Systems* (Viena y Nueva York, Springer) 208 pp.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1984): “Permission and permissive norms”, en: KRAWIETZ, Werner *et al.* (coord.), *Theorie der Normen* (Berlín, Duncker & Humblot) pp. 349-371.

¹⁹⁰ Véase KÖHLER (2006) pp. 260 ss., quien se remite a la noción de imputación objetiva que Larenz extrajera de la filosofía hegeliana del derecho y que no coincide con el uso que el discurso de la dogmática contemporánea hace de la etiqueta “imputación objetiva”. Por esta vía, Köhler propone una refutación de la tesis según la cual la competencia por la generación de un peligro supondría la realización de algún “acto de organización libre” –así PAWLIK (2003) pp. 14 ss., 16 ss.–, tesis a la cual subyacería un estrechamiento racionalista del concepto de persona. La propuesta de Köhler se deja entender en términos de lo que Dan-Cohen presenta como un “paradigma constitutivo” –entendido por oposición a un “paradigma de la voluntad libre”– de atribución de responsabilidad, en el sentido de que la pregunta por la responsabilidad es una pregunta acerca de qué y quiénes somos, y no meramente una pregunta acerca de qué elegimos hacer (o no hacer). Véase DAN-COHN (2002) pp. 199 ss., 216 ss., quien sostiene que bajo tal paradigma cabría reconocer diferentes “dimensiones” –mental, espacial, temporal y social– de una posible atribución de responsabilidad personal. En lo que aquí interesa, en la dimensión espacial cabría reconocer las siguientes “bases” para la adscripción de responsabilidad constitutivamente fundada: responsabilidad por el (propio) cuerpo, responsabilidad-por-propiedad y la responsabilidad vicarial, las cuales –aunque tienden a ser tematizadas, bajo el paradigma de la voluntad libre, como formas de “responsabilidad estricta”– se ajustan de modo bastante preciso al principio de responsabilidad objetiva por puesta en peligro (*Gefährdungshaftung*) que Hegel considera en § 116 de los *Grundlinien*, y que no es reducible a una mera “responsabilidad por causalidad”; véase al respecto LARENZ (1927) pp. 103 ss. Con esto no queda respondida la pregunta de si la propuesta de Köhler en definitiva se sostiene, pero sí queda descartada su caracterización –en contra de lo sugerido por PAWLIK (2012) pp. 241 ss., nota 527– como mera “fenomenología más o menos ilustrativa”.

¹⁹¹ Fundamental al respecto HRUSCHKA (1988) pp. 85 ss., 87. Véase también RENZIOWSKI (1988) pp. 183 ss., 257, quien correctamente observa que ello no depende de que la generación del peligro esté asociada a un “comportamiento” de la persona de cuya esfera proviene el peligro. Ciertamente, esto deja intacto el hecho de que la generación del peligro no necesita en modo alguno corresponderse (“positivamente”) con la infracción de algún deber. Véase al respecto PAWLIK (2003) pp. 19 ss.; KÖHLER (2006) pp. 263 ss.

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1988): "The Expressive Conception of Norms", en: PAULSON, Stanley y LITSCHESKI, Bonnie (ed.), *Normativity and Norms* (Oxford, Clarendon Press) pp. 383-410.
- ANSCOMBE, G.E.M. (1963): *Intention* (Londres y Cambridge Mass., Harvard University Press, segunda edición) 94 pp.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2004): *Las piezas del derecho* (Barcelona, Ariel, segunda edición) 215 pp.
- BALDÓ, Francisco (1994): *Estado de necesidad y legítima defensa* (Barcelona, Bosch) 387 pp.
- BASCUÑÁN, Antonio (1994): "La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 47, pp. 191-306.
- BASCUÑÁN, Antonio (2000): "Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 18, pp. 227-261.
- BENTHAM, Jeremy (1970): *Of Laws in General* (ed. de H.L.A. HART, Londres, The Atholén Press) 342 pp.
- BIERLING, Ernst Rudolf (1883): *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* II (Gotha, Friedrich Andreas Berthes) 364 pp.
- BIERLING, Ernst Rudolf (1890): "Strafrechtsverhältnis und Strafprozeßverhältnis", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 10, pp. 251-318.
- BIERLING, Ernst Rudolf (1894): *Juristische Prinzipienlehre* I (Friburgo y Léipzig, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck]) 350 pp.
- BIERLING, Ernst Rudolf (1905): *Juristische Prinzipienlehre* III (Friburgo y Léipzig, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck]) 394 pp.
- BINDING, Karl (1885): *Handbuch des Strafrechts* (Léipzig, Felix Meiner) 927 pp.
- BINDING, Karl (1913): *Grundriss des Deutschen Strafrechts* (Léipzig, Felix Meiner, octava edición) 321 pp.
- BINDING, Karl (1915): *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen* I (Múnich, Duncker & Humblot) 563 pp.
- BINDING, Karl (1918): *Die Normen und ihre Übertretung* III (Léipzig, Felix Meiner) 590 pp.
- BINDING, Karl (1922): *Die Normen und ihre Übertretung* I (Léipzig, Felix Meiner, cuarta edición) 508 pp.
- BLACK, Max (1962): *Models and Metaphors* (Ithaca NY, Cornell University Press) 267 pp.
- BOUZAT, Andrés, CANTARO, Alejandro y NAVARRO, Pablo (2007): "El fundamento jurídico de un derecho de necesidad", *Discusiones* 7, pp. 113-154.
- BULYGIN, Eugenio (1991): "Tiempo y validez", en: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 195-214.
- BUNG, Jochen (2004): *Subsumtion und Interpretation* (Baden-Baden, Nomos) 166 pp.
- CARNAP, Rudolf (1947): *Meaning and Necessity* (Chicago, The University of Chicago Press) 210 pp.
- DAN-COHEN, Meir (2002): *Harmful Thoughts* (Princeton y Oxford, Princeton University Press) 320 pp.
- DAVIDSON, Donald (2001): *Essays on Actions and Events* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición) 324 pp.

- ESER, Josef (2011): "Dürfen Soldaten überhaupt töten?", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, ed. de 27.12.
- FERRANTE, Marcelo (2007): "Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos", *Discusiones* 7, pp. 57-77.
- FERRER, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis (2011): *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos* (Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons) 218 pp.
- FRISTER, Helmut (1988): "Die Notwehr im System der Notrechte", *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1988, pp. 291-316.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2007): "Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo", *Discusiones* 7, pp. 155-175.
- GÖSSEL, Karl Heinz (2004): "Volker Haas. Kausalität und Rechtsverletzung", *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2004, pp. 370-375.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander (1936): *Der Aufbau der Verbrechenslehre* (Bonn, Ludwig Röhrscheid) 60 pp.
- GRICE, Paul (1975): "Logic and Conversation", en: COLE, Peter y MORGAN, Jerry (ed.), *Syntax and Semantics 3: Speech Acts* (Nueva York, Academic Press) pp. 41-58.
- HAAS, Volker (2002): *Kausalität und Rechtsverletzung* (Berlín, Duncker & Humblot) 356 pp.
- HÄLSCHNER, Hugo (1881): *Das gemeine deutsche Strafrecht* I (Bonn, Verlag von Adolph Marcus) 737 pp.
- HART, H.L.A (1982): *Essays on Bentham* (Oxford, Clarendon Press) 272 pp.
- HART, H.L.A (1994): *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, segunda edición) 315 pp.
- HECKMANN, Dick (1997): *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen* (Tubinga, Mohr Siebeck) 541 pp.
- HOHFELD, Wesley (1919): *Fundamental Legal Conceptions* (New Haven, Yale University Press) 114 pp.
- HOLD VON FERNECK, Alexander (1903): *Die Rechtswidrigkeit* I (Jena, Gustav Fischer) 400 pp.
- HOLD VON FERNECK, Alexander (1905): *Die Rechtswidrigkeit* II (Jena, Gustav Fischer) 159 pp.
- HRUSCHKA, Joachim (1977): "Extrasystematische Rechtfertigungsgründe", en: JESCHECK, Hans-Heinrich y LÜTTGER, Hans (coord.), *Festschrift für Eduard Dreher* (Berlín Walter de Gruyter) pp. 189-210.
- HRUSCHKA, Joachim (1983): "Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen", en: CANARIS, Claus-Wilhelm y DIEDERICHSEN, Uwe (coord.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag* (Múnich, C.H. Beck) pp. 257-289.
- HRUSCHKA, Joachim (1988): *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode* (Berlín y Nueva York, De Gruyter, segunda edición) 444 pp.
- HRUSCHKA, Joachim y JOERDEN, Jan (1987): "Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck", *ARSP* 73, pp. 93-123.
- IORIO, Marco (2011a): *Regel und Grund* (Berlín y Nueva York, De Gruyter) 332 pp.
- IORIO, Marco (2011b): "Befugnis, Erlaubnis, Recht und Freiheit", *Rechtstheorie* 42, pp. 87-104.

- JAKOBS, Günther (1991): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlín, De Gruyter, segunda edición) 944 pp.
- JAKOBS, Günther (2012): *System der strafrechtlichen Zurechnung* (Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann) 107 pp.
- JOERDEN, Jan (2010): *Logik im Recht* (Berlín y Heidelberg, Springer, segunda edición) 424 pp.
- KAUFMANN, Armin (1954): *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* (Gotinga, Otto Schwarz & Co.) 311 pp.
- KINDHÄUSER, Urs (1989): *Gefährdung als Straftat* (Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann) 399 pp.
- KINDHÄUSER, Urs (1994): “Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2, pp. 339-351.
- KINDHÄUSER, Urs (2008): “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret* 4/2008, 35 pp.
- KINDHÄUSER, Urs (2010a): “Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* 2010, pp. 490-506.
- KINDHÄUSER, Urs (2010b): *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar* (Baden-Baden, Nomos, cuarta edición) 1308 pp.
- KLUG, Ulrich (1956): “Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 68, pp. 399-416.
- KOCH Burkhard (2010), “Überlegungen zur Rechtmäßigkeit der Verteidigung in Notwehr bei unvermeidbarem Eingriff in Rechte Dritter”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 122, pp. 804-833.
- KÖHLER, Michael (2006): “Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnstand”, en: HOYER, Andreas *et al.*, *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag* (Heidelberg, C.F. Müller) pp. 257-270.
- LARENZ, Karl (1927): *Hegels Zurechnungslehre* (Léipzig, Berger) 109 pp.
- LÖFFLER, Alexander (1901): “Unrecht und Notwehr”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 21, pp. 537-582.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2009a): *Nötigung und Verantwortung* (Baden-Baden, Nomos) 415 pp.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2009b): *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) 134 pp.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010): *Terror, pena y amnistía* (Santiago, Flandes indiano) 255 pp.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011): “El principio *ne bis in idem* bajo el derecho penal chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia* 15, pp. 139-169.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012): “Reglas primarias de obligación”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11/2012, pp. 571-585.
- MERKEL, Adolf (1885): *Juristische Enzyklopädie* (Berlín y Léipzig, J. Guttentag) 380 pp.
- MERKEL, Adolf (1886): “Über Bindings Handbuch des Strafrechts, Bd. 1”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 6, pp. 496-521.
- MERKEL, Reinhard (2007): “Folter und Notwehr”, en: PAWLIK, Michael y ZACZYK, Reiner (coord.), *Festschrift für Günther Jakobs* (Colonia, Carl Heymann) pp. 375-403.

- MINAS-VON SAVIGNY, Jutta (1972): *Negative Tatbestandsmerkmale* (Colonia: Carl Heymann) 140 pp.
- (1993): *Act and Crime* (Oxford, Oxford University Press) 413 pp.
- MOORE, Michael S. (2009): *Causation and Responsibility* (Oxford, Oxford University Press) 605 pp.
- NEUMANN, Ulfrid (1985): "Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung", *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1985, pp. 389-401.
- NEUMANN, Ulfrid (2012): "Normlogik, Argumentationstheorie und das Problem der negativen Tatbestandsmerkmale", en: PIOTR, TOMASZ, WŁODZIMIERZ, (coord.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla* [libro-homenaje a Zolla] (Varsovia, Wolters Kluwer) tomo II, pp. 417-432.
- NOWAKOWSKI, Friedrich (1951): "Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 63, pp. 287-311.
- OETKER, Friedrich (1908): "Notwehr und Notstand", en: BIRKMEYER, Karl *et al.*, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts* II (Berlín Otto Liebmann) pp. 255-395.
- ORTIZ DE URBINA, Iñigo (2008): "De moscas y agresores muertos", *InDret* 3/2008, 42 pp.
- PAWLIK, Michael (2003): "Der rechtfertigende Notstand im System der Notrechte", *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2003, pp. 12-24.
- PAWLIK, Michael (2012): *Das Unrecht des Bürgers* (Tubinga, Mohr Siebeck) 510 pp.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2007): "Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad", *Discusiones* 7, pp. 79-111.
- PHILIPPS, Lothar (1974): *Der Handlungsspielraum* (Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann) 191 pp.
- PUPPE, Ingeborg (1979): *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen* (Berlín, Duncker & Humblot) 365 pp.
- PUPPE, Ingeborg (1980): "Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 92, pp. 863-911.
- PUPPE, Ingeborg (2011): "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Verursachung im Recht", *Rechtswissenschaft* 4, pp. 400-442.
- RAZ, Joseph (1980): *The Concept of a Legal System* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición) 245 pp.
- RAZ, Joseph (1989): "Facing Up: A Reply", *Southern California Law Rev.* 62, pp. 1153-1235.
- RAZ, Joseph (1990): *Practical Reason and Norms* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición) 220 pp.
- RENZIKOWSKI, Joachim (1988): *Notstand und Notwehr* (Berlín: Duncker & Humblot) 357 pp.
- RENZIKOWSKI, Joachim (2005): "Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe", *Jahrbuch für Recht und Ethik* 13, pp. 643-668.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis (2006): "La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos", *Análisis Filosófico* 26 N° 2, pp. 242-276.
- SCHAUER, Friedrich (1991): *Playing by the Rules* (Oxford, Clarendon Press) 254 pp.

- SCHMILL, Ulises (1996): “La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas”, *DOXA* 19, pp. 229-258.
- SEARLE, John (2010): *Making the Social World* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press) 208 pp.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2007): “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, *Discusiones* 7, pp. 25-56.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2009): “Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación”, en: AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias II* (Coimbra, Coimbra Editora) pp. 979-1004.
- SPENDEL Gunter (2003): “§ 32” en: JÄHNKE, Burkhard, LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm y ODERSKY Walter (coord.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch I* (Berlín, De Gruyter, décimo primera edición) 1468 pp.
- THON, August (1878): *Rechtsnorm und subjektives Recht* (Weimar, Hermann Böhlau) 374 pp.
- TIEDEMANN, Klaus (1992): “Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts”, en: ARZT, Gunther *et al.* (coord.), *Festschrift für Jürgen Baumann* (Bielefeld, Ernst y Werner Gieseking) pp. 7-20.
- VILAJOSANA, Joseph (2010): *El derecho en acción* (Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons) 211 pp.
- VOGEL, Joachim (1993): *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten* (Berlín, Duncker & Humblot) 405 pp.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963): *Norm and Action* (Londres, Routledge & Kegan Paul) 214 pp.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1970): *Norma y Acción* (trad. de Pedro GARCÍA FERRERO, Madrid, Tecnos) 216 pp.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1972): *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action* (Amsterdam, North-Holland Publishing Co.) 110 pp.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1974): *Causality and Determinism* (Nueva York y Londres, Columbia University Press) 143 pp.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1983): *Practical Reason. Philosophical Papers I* (Oxford, Basil Blackwell) 213 pp.
- WARDA, Günther (1972): “Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen”, en: SCHROEDER, Friedrich-Christian y ZIPF, Heinz (coord.), *Festschrift für Reinhart Maurach* (Karlsruhe C.F. Müller) pp. 143-171.
- WEINBERGER, Ota (1977): “Normenlogik und logische Bereiche”, en: CONTE, Amadeo HILPINEN, Risto y VON WRIGHT, Georg Henrik (ed.), *Deontische Logik und Semantik* (Wiesbaden, Athenaion) pp. 176-212.
- WEINBERGER, Ota (1996): *Alternative Handlungstheorie* (Viena, Böhlau) 310 pp.
- WEINBERGER, Ota (1998): “The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms”, en: PAULSON, Stanley y LITSCHESKI, Bonnie (ed.), *Normativity and Norms* (Oxford, Clarendon Press) pp. 411-432.

WIDMAIER, Gunther (1970): “Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung”, *JuS* 1970, pp. 611-615.

NORMAS CITADAS

LEGISLACIÓN CHILENA

Código Penal

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil de la República Federal alemana, BGB)

Strafgesetzbuch (Código Penal de la República Federal alemana, StGB)