

JAVIER WILENMANN

**LA JUSTIFICACIÓN
DE UN DELITO
EN SITUACIONES
DE NECESIDAD**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	Pág.
PREFACIO	17
LISTADO DE ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO 1. FUNDAMENTOS Y SISTEMA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DERIVADAS DE NECESIDAD	27
I. INTRODUCCIÓN: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN SUSTANTIVA	27
1. Instituciones formales e instituciones sustantivas de la Parte General.....	27
2. La teoría del interés preponderante como teoría formal irrelevante o como teoría sustantiva insostenible	35
3. Pretensiones a ser satisfechas por un (sub)sistema de causas de justificación.....	58
II. AUTONOMÍA, RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD: EL SISTEMA DE VALORACIONES SUBYACENTES A LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DERIVADAS DE NECESIDAD.....	62
1. Introducción: sobre el reconocimiento de un sistema axiológico en el Derecho positivo	62
2. Autonomía y solidaridad como descripciones generales de estructuras deónticas.....	67
a) La relación normativa general entre autonomía y solidaridad.....	67
b) La autonomía formal como sustantivización de la perspectiva normal del Derecho.....	69
c) Solidaridad	76
d) El conflicto entre autonomía formal y solidaridad: los momentos del Derecho en conflicto	83

	Pág.
3. Responsabilidad como categoría adscriptiva: el problema del estado de necesidad defensivo.....	86
4. Autonomía, solidaridad y responsabilidad en conflictos con tres o más partes.....	97
5. Conclusión: configuración fundamental definitiva.....	101
III. RECONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DERIVADAS DE NECESIDAD.....	103
1. El sistema de relaciones valorativas en situaciones de necesidad.....	103
a) Introducción: tres sistemas de relaciones valorativas.....	103
b) Descripción general del sistema.....	108
c) Incorporación de relaciones valorativas constantes en el sistema de causas de justificación: sobre la distinción entre dos subsistemas de atribución de responsabilidad.....	109
d) El potencial justificatorio de la solidaridad y su limitación recíproca con el principio de autonomía formal.....	118
e) Genealogía del sistema y lógica del sistema.....	121
2. Las instituciones constitutivas del sistema de causas de justificación derivadas de necesidad.....	123
CAPÍTULO 2. LA DOGMÁTICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	127
I. INTRODUCCIÓN Y PANORAMA GENERAL.....	127
II. LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO INSTITUCIÓN NECESARIA A LA CONCESIÓN NORMATIVA DE ÁMBITOS DE AUTONOMÍA.....	129
1. Lo que se discute cuando se discute sobre el fundamento de la legítima defensa: extensión de la facultad de defenderse.....	129
2. La discusión sobre el fundamento de la legítima defensa: presentación general de las «teorías» discutidas en la literatura contemporánea.....	132
3. ¿Qué justifica la concesión de un derecho de defensa formal, sin obligación de ceder?.....	143
a) La agresión como fundamento de la legítima defensa. ¿Fundamento centrado en la posición del agresor?.....	143
b) Responsabilidad y defensa de la autonomía formal como aspectos constitutivos de la agresión.....	145
c) La tesis de la autoría mediata.....	149
d) La tesis de la asunción de riesgo o del consentimiento del agresor en la lesión.....	155
e) La idea de plena responsabilidad por la infracción de autonomía formal ajena y la figura de la asunción.....	158

	Pág.
4. La estructura de la legítima defensa como respuesta a sus condiciones de legitimidad	161
III. LA SITUACIÓN DE DEFENSA FORMAL	161
1. Introducción: consideraciones dogmáticas en la construcción del concepto de agresión ilegítima	161
a) Injusto y agresión: sobre la posición sistemática del concepto de agresión ilegítima	161
b) La agresión ilegítima como contravención normativa reconocida a través de un subsistema de reglas de imputación propias. Sobre la distinción entre legítima defensa y estado de necesidad defensivo o el injusto de la agresión contra el injusto puramente distributivo	174
2. Apreciación general de la dogmática de la agresión: la estructura de la agresión antijurídica actual	178
3. El concepto de agresión	180
a) La agresión considerada desde el punto de vista del agredido. Los bienes jurídicos que pueden ser resguardados mediante legítima defensa	181
i) Introducción: la definición inicial de agresión y el tratamiento de las «agresiones aparentes»	181
ii) Delimitación general de bienes jurídicos cuya defensa mediante legítima defensa es procedente	188
iii) La defensa del honor	202
iv) La defensa de la intimidad, de la privacidad y de la propia imagen	209
v) Propiedad, posesión y morada	215
vi) Defensa del patrimonio y delimitación frente a derechos personales cuya satisfacción no puede ser coercitivamente impuesta	231
vii) La legítima defensa frente a la coacción	242
b) La agresión considerada desde el punto de vista del agresor: la estructura de las reglas de imputación	251
i) Introducción	251
ii) Condiciones personales de atribución de responsabilidad fuerte: sobre la «culpabilidad» en la legítima defensa	253
iii) Condiciones normativas de atribución de responsabilidad fuerte: la intención de agresión	259
4. La actualidad de la agresión	269
a) Las reglas generales de evaluación de la actualidad de la agresión y el inicio de esta	270

	Pág.
b) La agresión todavía actual y la agresión que persiste.....	276
5. La ilegitimidad de la agresión.....	279
a) Agresión, causas de justificación y antijuridicidad.....	279
b) ¿Agresión legítima en cumplimiento de órdenes vinculan- tes cuya realización sea ilícita?	281
c) ¿Agresión legítima en la ejecución ilícita de una potestad estatal?	287
d) Excurso: la jurisprudencia chilena sobre cumplimiento de órdenes en casos de crímenes cometidos durante la dic- tadura.....	290
IV. LA ACCIÓN DE DEFENSA.....	293
1. La necesidad como estructura central en el juicio de legítimi- dad de la defensa.....	295
a) Introducción.....	295
b) La estructura de la necesidad y del juicio sobre la acción defensiva	299
i) El problema del criterio de apreciación de la necesi- dad	300
ii) La idoneidad del medio de defensa.....	304
iii) La estructura general del requisito de necesidad en sentido estricto y su forma de apreciación	310
iv) Reglas de la experiencia generalizables en la aprecia- ción de necesidad en sentido estricto	314
v) Casos especiales y problemáticos: la defensa median- te omisión; la defensa frente a agresiones omisivas y permanentes; y apreciación de la necesidad en el caso de anticipación de la acción de defensa a la agresión	316
2. La subsidiariedad de la legítima defensa.....	319
3. La máxima de solo afectación de los bienes del agresor	328
4. ¿Racionalidad de la defensa como calificación adicional?	330
5. Justificación de límites relativos: sobre la proporcionalidad de la acción en legítima defensa	333
V. LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN DE LA ACCIÓN EN LE- GÍTIMA DEFENSA: SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA PU- TATIVA Y EL ELEMENTO SUBJETIVO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA	344
1. Introducción: dos conceptos en el tratamiento subjetivo de las causas de justificación: legítima defensa putativa y legítima de- fensa objetivamente dada.....	344
2. La relevancia sistemática de la legítima defensa putativa y de las reglas de imputación de la acción justificada.....	347

	Pág.
3. El tratamiento de la legítima defensa putativa: la dogmática penal revisitada.....	353
4. Excurso: injerencia, omisión impropia y legítima defensa	359
5. El elemento subjetivo en la legítima defensa.....	364
VI. CASOS ESPECIALES.....	371
1. La legítima defensa anticipada	372
2. La defensa frente a omisiones.....	381
a) Introducción: sobre el reconocimiento del concepto de agresión omisiva	381
b) Fundamento del reconocimiento de la agresión omisiva ..	384
c) Estructura de reconocimiento de una agresión omisiva; la demarcación con el estado de necesidad defensivo	395
d) Reglas generales relativas al actuar en legítima defensa contra agresiones omisivas en sentido amplio y contra agresiones permanentes	398
e) La denominada «tortura salvadora».....	408
3. Legítima defensa en casos de riña y de agresiones recíprocas..	422
VII. PROVOCACIÓN A LA AGRESIÓN.....	426
1. Los modelos de tratamiento de la provocación	426
2. La suficiencia de la provocación y las consecuencias que se siguen de ella.....	432
VIII. LEGÍTIMA DEFENSA INCOMPLETA	437
1. Causas de justificación incompletas como institución. Fundamento y delimitación.....	437
2. Condiciones de procedencia de la atenuación.....	442
CAPÍTULO 3. EL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO.....	445
I. INTRODUCCIÓN	445
II. LA DOGMÁTICA DEL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO COMO FUNDAMENTACIÓN DE REGLAS DE RESPONSABILIDAD DÉBIL	446
1. Introducción: la inserción del estado de necesidad defensivo en el sistema de causas de justificación derivadas de necesidad.....	446
2. Fundamentos del reconocimiento jurídico de una institución de defensa distributivamente configurada	450
a) El estado de necesidad defensivo como institución jurídica puramente distributiva	450
b) Fundamentos del reconocimiento del estado de necesidad como institución puramente distributiva	452

	Pág.
3. El estado de necesidad defensivo en el Derecho positivo	457
4. La estructura del estado de necesidad defensivo y el método de su reconstrucción dogmática	464
a) Introducción.....	464
b) La dogmática de la acción y la dogmática del estado	467
c) El Derecho penal más allá de la acción	472
5. La estructura general del estado de necesidad defensivo.....	479
III. REGLAS DE ATRIBUCIÓN PERSONAL DE RESPONSABILIDAD DÉBIL	480
1. ¿Existen condiciones personales de responsabilidad débil más allá del reconocimiento mínimo del carácter de persona?	480
a) Introducción.....	480
b) El fundamento de la atribución de responsabilidad pese a la constitución personal deficitaria	481
2. Las condiciones personales positivas de atribución de responsabilidad débil	484
IV. EL INJUSTO DISTRIBUTIVO: RESPONSABILIDAD POR EL COMPORTAMIENTO Y RESPONSABILIDAD POR LA POSICIÓN.....	488
1. La pregunta por el facto de conexión entre peligro y destinatario de la acción de necesidad.....	488
a) Vínculo causal o cuasicausal	488
b) Competencia y origen del peligro	493
2. Dualidad de fundamentos de la responsabilidad débil: el ejercicio de libertad por una posición y por el comportamiento ...	498
3. Responsabilidad por el comportamiento	503
a) La responsabilidad por (cuasi)-agresión	503
b) Injerencia y asunción fáctica.....	506
c) ¿Responsabilidad por la posición espacial y por la constitución biológica?	510
4. Responsabilidad por el ejercicio de una posición de dominio .	513
a) Condiciones generales de la competencia por una posición de dominio.....	513
b) Determinación de la competencia y extensión del permiso.	515
5. Reglas de limitación de la responsabilidad.....	519
6. El esquema del sistema de atribución de responsabilidad en la dogmática del estado de necesidad defensivo.....	525

	Pág.
V. LA EXTENSIÓN TEMPORAL DE LA RESPONSABILIDAD DÉBIL	525
1. Reglas generales.....	525
2. Excurso: el tratamiento de los casos de homicidio del marido maltrador.....	534
VI. LA ACCIÓN DE NECESIDAD DEFENSIVA.....	547
1. Introducción: la estructura general de la acción de necesidad defensiva.....	547
2. El requisito de necesidad en el estado de necesidad defensivo.....	549
3. La subsidiariedad en el estado de necesidad defensivo.....	552
4. Limitación de la justificación de la acción defensiva necesaria por consideraciones de proporcionalidad.....	553
CAPÍTULO 4. EL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO.....	557
I. INTRODUCCIÓN.....	557
II. EL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO JUSTIFICANTE COMO RECONOCIMIENTO DE LOS LÍMITES DE LA ASIGNACIÓN FORMAL DE AUTONOMÍA.....	559
1. Ortodoxia o heterodoxia del estado de necesidad agresivo justificante	559
2. Una teoría del estado de necesidad justificante: la superación de la necesidad jurídicamente exigible como solución del conflicto interno al Derecho	575
II. LA SITUACIÓN DE NECESIDAD.....	581
1. Introducción: los requisitos positivo del estado de necesidad y la amplitud en la definición de la situación de necesidad.....	581
2. Peligro para bienes jurídicos.....	583
3. La actualidad del peligro	587
4. La relevancia del peligro	589
5. El estado de necesidad coactivo	592
III. LA ACCIÓN DE NECESIDAD.....	594
1. Introducción: necesidad y ponderación de intereses en el estado de necesidad agresivo	594
2. Necesidad y subsidiariedad	595
a) La estructura de la necesidad en el estado de necesidad agresivo.....	596
b) Subsidiariedad en el estado de necesidad agresivo.....	599

	Pág.
3. La ponderación de intereses o males.....	605
a) Introducción: la teoría de la ponderación de bienes y la teoría de la ponderación total de intereses.....	605
b) Estructura general del juicio de ponderación	608
c) Los objetos en comparación	608
d) Los criterios de valoración de los objetos en ponderación	612
e) La medida normal de la regla de reconocimiento del permiso y el juicio resultante de la ponderación	615
f) Los criterios de variación de la regla que fije la medida desde la que se reconoce una facultad de agresión.....	618
g) Limitaciones ulteriores en el Derecho chileno ligados a la restricción a la afectación de la propiedad.....	622
4. La prohibición de ponderar vidas humanas y los límites absolutos a la justificación por necesidad agresiva.....	624
a) Introducción.....	624
b) La estructura del dogma de la imponderabilidad de la vida humana	626
c) Fundamento y origen del dogma.....	629
i) La autopercepción el origen del dogma de la imponderabilidad.....	629
ii) Las estrategias argumentativas de fundamentación del dogma	633
iii) Fundamentación centrada en el Derecho a la vida...	634
iv) Argumentaciones centradas en la estructura del estado de necesidad.....	641
iv) Argumentación centrada en la idea de Estado de Derecho o en la dignidad política individual.....	643
v) El dogma como consecuencia en el estado de necesidad justificante del cambio en la comprensión del estado de Derecho	646
d) La extensión de las reglas de limitación	647
e) ¿Excepciones a los límites absolutos?	651
IV. EL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.....	652
V. EL ESTADO DE NECESIDAD TRÁGICO	652
1. Introducción: la discusión dogmática de comunidades de peligro vitales	652
2. ¿Acciones homicidas en comunidades de peligro vitales como homicidios justificados?	656
a) Estado de necesidad como institución filosófica y teórica.	656
b) El estado de necesidad defensivo	658
c) Colisión de deberes	661

	Pág.
3. Derecho y excepción.....	663
a) Introducción: comunidades de peligro con distribución unilateral de posibilidades de salvación como situación extrema.....	663
b) Derecho y excepción: ¿formulación de regla o elusión? ...	666
 CAPÍTULO 5. LA JUSTIFICACIÓN DE UNA INTERVENCIÓN A FAVOR DE OTRO	673
I. INTRODUCCIÓN.....	673
II. LOS ARREGLOS SISTEMÁTICOS DEL SISTEMA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN INTERVENCIONES ALTRUISTAS ...	675
1. Introducción.....	675
2. La distinción sistemática crucial: intervención a favor de otro con o sin afectación coactiva de un tercero	675
a) Los problemas de la justificación a favor de un tercero ...	675
b) Autonomía e intervención a favor de un tercero	679
c) Los dos estándares de juicio: conformidad y regla de justificación de afectación interpersonal	683
3. Instituciones de justificación de actuaciones a favor de un tercero en conflictos formalmente intrapersonales	689
a) Introducción.....	689
b) La licitud de intervenciones a favor del propio afectado: el sistema de la licitud de la intervención terapéutica	690
i) El arreglo institucional «autodeterminación del afectado (paciente)».....	690
ii) Condiciones de aplicación de instituciones auxiliares de determinación de la licitud y contenido necesario de estas.....	693
iii) Decisiones inmanentes a un sistema de justificación de las intervenciones terapéuticas e instituciones auxiliares.....	695
c) El consentimiento presunto.....	697
d) El consentimiento del representante	705
i) Introducción.....	705
ii) El problema del consentimiento del representante ..	707
iii) Naturaleza y contenido del consentimiento del representante	711
e) Actuaciones de necesidad a favor de incapaces sin posibilidad de obtener oportunamente el consentimiento del representante: ¿aplicación del estado de necesidad?	713

	Pág.
4. Conclusión: sistema de causas de justificación a favor de un tercero.....	716
III. LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD A FAVOR DE TERCEROS.....	717
1. Introducción.....	717
2. Actuación a favor del tercero y legítima defensa impuesta	719
3. Provocación en el caso de la legítima defensa de terceros	722
4. ¿Obligación de actuar en legítima defensa de terceros?	728
5. Variaciones en requisitos generales	730
6. La aplicabilidad de las causas de justificación comunes a los agentes de policía	731
BIBLIOGRAFÍA.....	737
ÍNDICE ANALÍTICO.....	773

PREFACIO

Esta monografía constituye la materialización sintetizada de una investigación que se ha extendido a lo largo de más de seis años relativa a la dogmática de las causas de justificación derivadas de necesidad en el Derecho penal. En ella se contienen reflexiones desarrolladas en mi tesis doctoral relativas al sistema de causas de justificación derivadas de necesidad y al estado de necesidad defensivo entre los años 2011 y 2013, así como su complemento en ejecución del Proyecto Fondecyt núm. 1140141 sobre «Justificación en situación de necesidad» entre los años 2014 y 2016. Su objetivo es poner a disposición del mundo jurídico de habla hispana un texto científicamente ambicioso pero que presente, al mismo tiempo, algunas de las ventajas de un gran comentario alemán: no solo desarrollar una reconstrucción teórica de ciertas instituciones, sino también exponer de un modo más o menos exhaustivo el modo en que estas resultan aplicables a casos que han demostrado ser relevantes. El trabajo debiera por ello presentar interés no solo para académicos del Derecho, sino también para quien busque orientación en la aplicación de las instituciones respectivas.

La realización de la investigación solo ha sido posible gracias al apoyo que he recibido de un buen número de instituciones y de personas. Dada la conexión de la presente monografía y mi tesis doctoral, su ejecución no habría sido posible sin la contribución del DAAD. La monografía misma, sin embargo, ha sido ejecutada en el contexto de un proyecto Fondecyt financiado por el Consejo de Ciencia y Tecnología de Chile (Conicyt). La generosidad de esa financiación —tan importante para una comunidad científica geográficamente aislada como la chilena— merece ser por ello destacada y agradecida. En ejecución del proyecto me fue asimismo posible realizar una estancia de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Albert-Ludwigs Universität Freiburg dirigido por Michael Pawlik y algunas visitas a la biblioteca del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Comparado, así como una breve estancia en la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona. Por la invitación, recepción y la ayuda brindada durante estas estancias, estoy en particular deuda con los profesores Michael Pawlik, Ivó Coca Vila y Jesús Silva Sánchez. Finalmente agradezco a mi universidad, la Universidad Adolfo Ibáñez, la concesión de una buena cantidad de recursos

Prefacio

de investigación en la forma de un excelente servicio de encargos de biblioteca y, ante todo, por la concesión de un tiempo adecuado de dedicación a la investigación. Ella asimismo ha contribuido con financiación a la publicación, dado la importante extensión de la obra.

Ponencias y conferencias relacionadas con esta investigación fueron realizadas en la Universidad de Talca, en la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Pompeu Fabra. Más allá de los miembros de esta última universidad, agradezco a Francisco Maldonado y a Hernán Bouvier por las invitaciones a exponer en las dos primeras.

Mi más importante agradecimiento compete, sin embargo, a mi familia y, especialmente, a mi mujer Bernardita y a mis dos hijos mayores Elisa y Lucas, quienes tuvieron que soportar no solo algunas ausencias producto de las estancias de investigación y de las conferencias vinculadas a la misma, sino que me acompañaron dos veces a vivir en Alemania durante lapsos de tiempo más o menos extensos, debiendo a veces desplazar sus propios intereses para favorecer los míos. Esta monografía está dedicada a cada uno de ellos.

INTRODUCCIÓN

1. El presente estudio constituye una reconstrucción dogmática del sistema de causas de justificación aplicables en situaciones de necesidad. Al tratarse de una monografía referida a uno de los temas centrales de la dogmática de la parte general, esta no tiene pretensión alguna de originalidad temática. Sí pretende, en cambio, presentar una reconstrucción consistente y completa de una materia que, pese a su carácter tradicional, ha tenido innovaciones radicales que no han sido siempre recibidas ni desarrolladas en monografías en el mundo hispanoparlante en los últimos veinte años. En particular, el resurgimiento de la discusión en relación con el fundamento del estado de necesidad justificante en la dogmática penal alemana ha modificado la comprensión sistemática de estas causas de justificación. Algo similar ha tenido lugar en relación con el desarrollo del estado de necesidad defensivo. Aquello que parecía un arreglo sistemático *ad hoc*, cuyo objeto era salvar resultados sistemáticos contraintuitivos, ha comenzado a producir rendimientos consistentes. Al mismo tiempo, la dogmática de la legítima defensa y del estado de necesidad han adquirido una relevancia práctica central a partir de la discusión de grupos de casos al menos fenoménicamente novedosos: la pregunta por la justificación del derribo de aviones secuestrados para ser aparentemente utilizados como armas en la destrucción de edificios densamente habitados (o, lo que es lo mismo, la pregunta por la justificación de acciones agresivas de necesidad en comunidades de peligro con distribución unilateral, o al menos asimétrica, de posibilidades de salvación), así como los casos de tortura necesaria para la salvación de otro (la denominada *Rettungsfalter*), han producido un enorme flujo de reflexión en el tratamiento de ambas instituciones que se suman a discusiones tradicionales sobre situaciones criminológicas universalmente relevantes (aquí el caso más importante es el del homicidio del marido maltratador) o sobre problemas morales universalmente discutidos (comunidades de peligro).

2. Pese al notable desarrollo que ha tenido el tema en el mundo de habla alemana e inglesa, la cuestión ha sido recibida entre nosotros solo parcialmente y más bien en contribuciones esporádicas. Desde la publicación hace ya más de veinte años de la monografía de Baldó Lavilla sobre el tema,

el avance sistemático general ha sido limitado¹. El propio trabajo de Baldó, la mejor exposición del tema en habla española, pone de relieve los límites de nuestro contexto: se trata de un trabajo que presenta orden y consistencia analítica, pero que no incorpora buena parte de la discusión de legitimación e interpretación a partir de la axiología derivada de esa legitimación, cuestión que ha sido enormemente enriquecida en los últimos veinte años y que puede ser considerada el centro de la dogmática de las causas de justificación. Pero la principal falencia que devela sobre nuestro ámbito de discusión jurídica su consideración como la principal monografía existente en español se demuestra en algo que le es imputable al contexto y no a la obra de Baldó: no se trata de un estudio que tenga pretensiones de reconstrucción dogmática más o menos completa de las instituciones que componen el sistema que este intentaba reconstruir.

La carencia del contexto se revela de inmediato aquí: la principal monografía sobre el tema carece de una pretensión dogmática «normal», esto es, no informa exhaustivamente sobre la aplicación de las reglas a los tipos de casos que han demostrado ser relevantes. Esto es algo que creo afecta por completo a la ciencia penal (y probablemente a la ciencia jurídica) hispanoparlante: el trabajo dogmático normal, en el sentido de la exposición exhaustiva del modo en que distintas instituciones se aplican en la práctica vinculado a un trasfondo teórico sólido, tiende a no ser vinculado al trabajo científico de alto nivel y es, por ello, de menor calidad que otros tipos de obras. No es posible encontrar entre nosotros obras asimilables a los grandes y medianos comentarios alemanes. Con ello, incluso cuando las monografías presentan un gran nivel científico, pueden más bien *dar opiniones sobre el contenido* del Derecho en el área reconstruida por la monografía, pero no *informar sobre su contenido*. Las razones por las que esto es problemático debieran ser evidentes.

3. A partir del diagnóstico anterior, el presente estudio pretende contribuir a su superación en el ámbito limitado de la dogmática de las causas de

¹ Ilustrativa al respecto es la siguiente declaración contenida en una de las más recientes monografías sobre causas de justificación publicada en español, después de dar cuenta de las teorías monistas, dualistas y pluralistas de sistematización de las causas de justificación: «En lo personal estimamos que la discusión recién sintetizada no debería, actualmente, revestir mayor significación. La razón de este parecer encuentra sustento en que (...) las causas de justificación no pueden determinarse definitivamente (cual *numerus clausus*). De allí que coincidamos con Bacigalupo en cuanto a que “lo que fundamenta la calidad de una circunstancia como causa de justificación es la *decisión* referente a que esa circunstancia se debe tratar de acuerdo con las reglas de justificación”, y no la existencia de principios unificadores (únicos o combinados) sobre su fundamento» (CESANO, en LÓPEZ MESA y CESANO, *Antijuridicidad y causas de justificación*, 126 s.). La cita no solo da cuenta del desconocimiento del enorme desarrollo en la dogmática alemana de los últimos años a partir del tratamiento sistemático de las causas de justificación, sino que comparte la asunción inicial errada respecto a la pretensión de un sistema de causas de justificación que revisaremos a propósito de la teoría del interés preponderante en *infra* §§ 13 ss.

justificación: se trata de producir una reconstrucción dogmática completa de las causas de justificación derivadas de necesidad que parece ser inédita en el mundo de habla hispana. Al tratarse de una reconstrucción sistemática, no se trata aquí de romper con el rigor analítico de Baldó, sino lograr producir ese mismo rigor pese a introducir las complejidades fundamentales que supone tanto la discusión sobre el fundamento del estado de necesidad agresivo como el desarrollo del estado de necesidad defensivo e incorporar todo ello en un trabajo dogmático completo, que tematice los requisitos y grupos de casos más relevantes que se presentan en cada situación.

4. El presente trabajo tiene pretensiones tanto de desarrollo científico como de exposición y acercamiento al público general, por lo que el desarrollo de la metodología tiene una forma híbrida. Por una parte, la pretensión propiamente monográfica exige llevar a cabo una exposición bajo la forma de una *teoría*, es decir, desarrollando fundamentos teóricos, cuya corrección se vea demostrada por su capacidad de explicación correcta y consistente del Derecho. Por otra parte, la pretensión de constituir una obra de referencia accesible no solo para académicos en Derecho penal, sino también para jueces, abogados y estudiantes, exige que el nivel de dificultad, la densidad de tratamiento de polémicas y el grado de autoreferencia científica propio de una teoría no impida el acceso a un público más amplio. Esta tensión del trabajo pretende ser resuelta por compromiso: algunos pasajes tienen una forma más bien teórica (en el sentido de partes del desarrollo de una teoría), mientras que otros disminuyen su densidad con el objeto de servir de referencia. Esto es particularmente claro en la comparación entre el capítulo 1, cuya pretensión es esencialmente teórica —pese a que reduzca la complejidad extradogmática en relación con mi *Freiheitsdistribution*—, y los demás capítulos. Al dar cuenta de la dogmática de distintas instituciones con amplia relevancia práctica, los capítulos 2 a 5 combinan una metodología teórica (generalmente presente en las primeras secciones de los capítulos en cuestión) con una pretensión propia del género de manuales y tratados. Con ello, el orden del análisis dogmático de estas instituciones sigue más bien sus requisitos de procedencia. No obstante, el trabajo constituye una teoría completa: al menos en su pretensión, las distintas conclusiones del análisis de las causas de justificación y de sus grupos de casos pretenden justificarse en el sistema propuesto por la propia teoría. Precisamente por ello se trata de una monografía y no de un tratado o manual. El compromiso del método es así aparente y supererogatorio; la verdadera naturaleza del trabajo sigue siendo monográfica.

5. Siguiendo la metodología propuesta, el capítulo 1 desarrolla la comprensión fundamental y sistemática que subyace a las causas de justificación derivadas de necesidad. Parte de su contenido tiene vínculos de fondo con el capítulo 1 de mi tesis doctoral, así como con un artículo publicado el año 2014 en *InDret* sobre el sistema de las causas de justificación derivadas de

necesidad. Pese a ello, la versión aquí contenida tiene diferencias sustanciales con esas publicaciones. La exposición en la tesis doctoral mantiene un nivel de referencia a discusiones filosóficas que he preferido omitir aquí tanto por el género de esta monografía como por la extensión que de otra forma alcanzaría. En compensación, las implicaciones sistemáticas de la comprensión que subyace a la monografía son expuestas de un modo que creo es mucho más claro que en *Freiheitsdistribution*.

El capítulo 2 presenta una reconstrucción teórica y dogmática de la legítima defensa. Una versión abreviada y adaptada a un formato de artículo del desarrollo de la teoría de la legítima defensa aquí expuesta fue publicada en *Política Criminal* el año 2015. Asimismo, el año 2015 fue aceptado a publicación en *Ius et Praxis* un artículo que reúne parte de los hallazgos de la investigación sobre la aplicabilidad de la legítima defensa a agresiones omisivas y, en general, en supuestos de agresión que no pueden ser reducidos al viejo acometimiento de la jurisprudencia antigua española. El resto del capítulo 2 —con diferencia el más extenso de esta monografía— es, por cierto, completamente inédito en fondo y forma.

El capítulo 3 reconstruye al estado de necesidad defensivo. Parte importante de su contenido constituye una adaptación —con modificaciones sustanciales— del contenido del segundo capítulo de mi tesis doctoral. Al igual que en el capítulo 1, sin embargo, la extensión de la exposición sobre la discusión teórica en relación con el estado de necesidad defensivo ha sido reducida. En compensación, el orden de la exposición ha sido alterado sustancialmente de un modo que creo resulta dogmáticamente más claro y ordenado.

El capítulo 4 tematiza el estado de necesidad agresivo. Parte importante de su contenido es completamente inédito. Solo la sección relativa a los límites absolutos —«imponderabilidad de la vida humana»— fue publicada en el cuarto número de la revista *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* del año 2015. Asimismo, una versión más extensa —centrada en el carácter casi patológico de la discusión— de las reflexiones sobre justificación de homicidios en situaciones trágicas de necesidad fue publicada en el cuarto número de *InDret* del año 2015. El capítulo 4 sistematiza estos resultados y los integra en una dogmática completa del estado de necesidad agresivo justificante.

Finalmente, el capítulo 5 complementa los tres capítulos anteriores por medio de una reconstrucción sistemática de la justificación de la intervención típica a favor de otro y de una breve descripción de las particularidades de la legítima defensa y del estado de necesidad justificante a favor de otro. Una versión centrada en la reconstrucción particular de las instituciones del consentimiento presunto y del consentimiento del representante en la Ley sobre Derechos y Deberes del Paciente en Chile fue aceptada a publicación en la *Revista Chilena de Derecho* durante el año 2016 y debiera mate-

rializarse en 2017. Si bien esa reconstrucción no forma parte de esta monografía, parte de los presupuestos institucionales que la explican también son expuestos aquí.

6. Una última aclaración puede tener relevancia para el lector. La monografía tiene como objeto de referencia el Derecho penal, sin limitación a un ordenamiento jurídico particular. Su pretensión no es servir de explicación solo del Derecho alemán, lugar de origen de las construcciones dogmáticas analizadas, o del Derecho chileno, lugar de origen del autor. En una materia tan cargada de decisiones políticas como lo son las causas de justificación, esta pretensión internacional puede parecer ingenua: ¿cómo podría ser que los ordenamientos jurídicos del mundo hispanoparlante compartan una estructura de causas de justificación cuando las reglas que las regulan son divergentes? Parte crucial del valor de la recepción amplia de la dogmática penal alemana entre nosotros permite que se dé este efecto paradójico: en realidad, cuando discutimos sobre Derecho penal, y en especial respecto a figuras de la Parte General, lo hacemos sobre un improbable trasfondo de comprensión común. Esto es precisamente aquello que ha permitido el extenso diálogo penal entre nosotros; un diálogo que es seguramente mucho más rico que el que ha tenido lugar entre privatistas y entre publicistas.

Por supuesto, ese horizonte compartido de comprensión es limitado: no existe algo así como *el* Derecho penal en español. Los distintos ordenamientos jurídicos muestran distintas formas de recepción y adaptación de las mismas categorías y, en algunos casos, contienen directamente categorías distintas. Las formas de razonamientos de sus tribunales son en muchos casos similares en su semántica, pero existen diferencias cruciales no solo en la forma en que se exponen las argumentaciones de estos distintos tribunales, sino incluso en las consecuencias a las que llegan. Así, por ejemplo, la recepción del sistema de causas de justificación en el Derecho español se encuentra mucho más avanzada que su recepción en Chile. Pero ello solo implica que una descripción completa de cada práctica dogmática y judicial en el mundo hispanoparlante es, al extremo, imposible. No lo es, en cambio, la demostración de la forma en que el tipo de instituciones que son conocidas de todos estos ordenamientos jurídicos resulta consistente. En el método de la monografía, ello implica que buena parte de las referencias a jurisprudencia y legislaciones se limitará a tres contextos: el Derecho alemán, el Derecho español y el Derecho chileno. La elección de estos tres contextos no es casual (salvo por la casualidad de haber nacido en Chile): el Derecho penal alemán es el lugar de origen y de desarrollo más avanzado de las construcciones dogmáticas en cuestión; el Derecho penal español es el más conocido por los penalistas hispanoparlantes, fuera de su propio sistema; mientras que el Derecho chileno sirve como expresión de la forma en que estas adap-

taciones pueden ser recibidas en una práctica latinoamericana². Por ello, no se trata de un trabajo de lo que tiende a ser denominado Derecho comparado; al contrario, se trata de una demostración de la forma en que se desarrollan prácticas jurídicas distintas en sistemas en los que es posible postular una comprensión sistemática-teórica común.

² Esta es la forma en que las monografías escritas en español que tienen pretensiones de servir de exposición a una especie de Derecho común tienden a funcionar: su referencia es el Derecho alemán, español y aquel del lugar de origen o trabajo del autor. Así, por ejemplo, MILTON, *Motivos reprochables*, *passim*.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTOS Y SISTEMA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DERIVADAS DE NECESIDAD

I. INTRODUCCIÓN: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN SUSTANTIVA

1. Instituciones formales e instituciones sustantivas de la Parte General

1. En el contexto de las instituciones que típicamente se estudian en la Parte General del Derecho penal, las causas de justificación, incluyendo sus dos casos considerados paradigmáticos en la actualidad (legítima defensa y estado de necesidad justificante), tienen un estatus especial. Mientras la mayor parte de las instituciones de la Parte General pueden ser entendidas como *formalizaciones detalladas* de un modelo de reconstrucción abstracta de condiciones de *atribución* de responsabilidad, las causas de justificación no parecen tener continuidad con esta comprensión. Categorías tales como dolo, conocimiento de la antijuridicidad o capacidad de culpabilidad muestran continuidad de sentido inmediato entre sí, al ser todas ellas expresivas de generalizaciones de las condiciones bajo las cuales la ley penal le otorga a su objeto de referencia el carácter de comportamiento imputable contrario a normas penales, esto es, el carácter de ser expresivo de responsabilidad por la producción de un estado de cosas contrario a las normas del sistema. El tratamiento dogmático-fundamental de estas instituciones —es decir, con pretensiones de desentrañamiento de sus fundamentos abstractos y reconstrucción de contenido de las instituciones positivas a partir de estos— solo parece tener lugar, por ello, de forma indirecta: una cierta concepción del injusto puede, por cierto, ser fundamentada en abstracto y a partir de ello uno puede intentar demostrar la forma en que la comprensión del dolo o del conocimiento de la antijuridicidad la realiza.

De esta forma, es ciertamente incontrovertible que existen diferencias cruciales en la interpretación de las distintas instituciones que componen la teoría del hecho punible dependiendo de si uno entiende que el mode-

lo de tratamiento expresa condiciones de reconocimiento de necesidad de reacción político-criminal¹, si su objeto es reconocer sentido de desestabilización grave de expectativas sociales por parte del comportamiento objeto del juicio², si se trata de la determinación de las condiciones en que un deber de contribución al mantenimiento de un estado jurídico de libertad real³, o, finalmente, de la determinación de las condiciones bajo las cuales un comportamiento puede interpretarse como no seguimiento responsable de lo requerido por normas de comportamiento. Esas diferencias se manifiestan, sin embargo, en la definición de la pretensión teórica de la hipótesis del hecho punible correspondiente. De este modo, las categorías de la Parte General más bien formalizan e institucionalizan la idea en que la concepción del injusto se basa⁴.

2. Lo anterior puede ser fácilmente ejemplificado haciendo referencia a una de las discusiones más conocidas de la dogmática alemana de la Parte General: el tratamiento del error de prohibición. Si se analiza, por ejemplo, la adecuación teórico-fundamental de la teoría de la culpabilidad —el postulado de que el error de prohibición tiene relevancia en la determinación de la responsabilidad del agente pese a no excluir su dolo— o de la teoría del dolo —el tratamiento del conocimiento de la antijuridicidad como parte del concepto de dolo—, es ciertamente posible plantearse la pregunta respecto a cuál de estas teorías tiene directamente a su favor argumentos de filosofía política o de filosofía, pero ese tratamiento directamente abstracto presenta algo de inadecuado a la reflexión dogmática. Su tratamiento dogmático adecuado consiste más bien en demostrar cuál de estas concepciones se adecua de mejor forma a un sistema que representa una determinada concepción del injusto. Las instituciones de la Parte General formalizan la atribución de responsabilidad a partir de esa concepción previa. Son, en este sentido, instituciones formales (o *formalizantes y operativizantes* de una idea general previa)⁵.

¹ ROXIN, *FS-Lampe*, 427 ss.; similar recientemente en español, ÍD., *InDret*, 4-2012, 4 ss.

² JAKOBS, *System*, 15 ss.

³ PAWLIK, *Unrecht*, 90 ss.; similar recientemente FRISCH, *InDret*, 3-2014, 18 ss.

⁴ La forma de reconstrucción de las instituciones que conforman la teoría del hecho punible ciertamente depende de más variables que la concepción abstracta del injusto que se tenga. En una medida relevante, la cuestión depende también de la comprensión que se tenga del objeto de la ciencia de la Parte General: si ella expresa una pretensión sistemática en la reconstrucción racional de una tradición de pensamiento, su contenido va a ser ciertamente distinto al de una construcción conceptual de orientación didáctica o práctica con independencia de la concepción del injusto que se tenga. Al respecto *vid.* solo PAWLIK, *Unrecht*, 8-19.

⁵ Uno puede ciertamente ir todavía más lejos y sostener que la única comprensión jurídicamente adecuada del injusto es precisamente aquella que también desustantiza a este. Esta es la pretensión, por ejemplo, de las reconstrucciones del injusto siguiendo una teoría de las normas *à la Binding*. No pretendo entrar directamente en esta polémica. Mi pretensión es más bien mostrar que incluso para quien maneje un concepto sustantivizado de injusto, un trabajo dogmático metodológicamente limpio exige formalizar las instituciones que realizan la concepción del injusto.