

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

**PROPUESTA DE REGULACIÓN
JUSTIFICACIONES Y EXCUSAS**

**Javier Wilenmann von Bernath
Friburgo en Brisgovia, Abril de 2013**

I. PROPUESTA DE ARTICULADO

Título X Justificación

Artículo A. Legítima defensa

No actúa ilegítimamente quien obra en defensa de sus intereses frente a una agresión ilegítima actual imputable al afectado por la defensa, siempre que la medida de la lesión causada por la defensa sea racionalmente necesaria.

La legítima defensa no es aplicable en caso de provocación intencional de la agresión.

Artículo B. Estado de necesidad defensivo

No actúa ilegítimamente el que ejecuta una acción necesaria para salvaguardar sus intereses frente a un peligro actual del que es responsable el afectado, siempre que los intereses afectados por la acción defensiva no sean considerablemente preponderantes frente a los intereses que ella salvaguarda..

[Inciso segundo posible: Hacer referencia a la cláusula de la comisión por omisión – posiciones de garante – para determinar quién es responsable por un peligro].

Artículo C. Estado de necesidad agresivo

No actúa ilegítimamente el que ejecuta una acción necesaria para salvaguardar sus intereses frente a un peligro actual, siempre que los intereses resguardados sean considerablemente preponderantes frente a los intereses afectados.

No puede justificarse por estado de necesidad agresivo la afectación de la vida ni la afectación grave de la integridad física o de la libertad, a menos que ese interés quedara igualmente afectado en el futuro inmediatamente posterior a la omisión de la acción de necesidad.

La justificación por estado de necesidad agresivo no excluye el eventual derecho del afectado a la indemnización de perjuicios.

Artículo D. Consentimiento presunto

No actúa ilegítimamente el que realiza un hecho en interés del propio afectado, siempre que no sea posible constatar su voluntad actual y que sea verosímil presumir que el afectado prestaría su consentimiento a la acción en cuestión.

Artículo E. Intervención en favor de un tercero

Lo dispuesto en los artículos A, B y C se aplica también respecto de quien actúa para resguardar intereses de terceros, siempre que no sea verosímil presumir que el tercero se opondría a la acción en cuestión.

[Opcional: Artículo X. Colisión de deberes

No actúa ilegítimamente el que incumple un deber para cumplir otro de mayor entidad, en caso que el cumplimiento simultáneo de ambos deberes sea imposible y dicha imposibilidad no sea imputable al actor. En caso que ambos deberes tengan igual entidad, el actor no actúa antijurídicamente si cumple cualquiera de ellos.]

**Título Y
Excusa**

Artículo F. Estado de necesidad excusante

No es punible la ejecución de una acción prohibida o la omisión de una acción mandada, cuando ésta haya sido necesaria para resguardar la vida, o evitar un mal grave contra la integridad física o la libertad del agente, o aquella de un pariente o de un tercero afectivamente cercano [Alternativa: agregar cláusula de desproporción extrema].

La excusa prevista en el inciso anterior no es aplicable a quien sea responsable del acaecimiento situación de necesidad o a quien le sea especialmente exigible soportar el peligro en cuestión.

Artículo G. Exceso en la legítima defensa

No es punible quien se excede en la legítima defensa, siempre que el exceso coincida con la acción defensiva y sea atribuible a miedo o confusión.

II. FUNDAMENTACIÓN GENERAL

1) Explicación de la lógica del sistema de necesidad y defensa

El Título X establece un sistema de derechos de necesidad y defensa basado en consideraciones *interpersonales*. Las tres reglas centrales del sistema (artículos A, B y C) fijan (a) las *posiciones* relevantes que se siguen de la combinación de dos subsistemas de reglas – reglas que fijan las condiciones bajo las cuales un interés jurídicamente protegido es *imputablemente afectado* por otro, y reglas bajo las cuales un interés jurídicamente protegido es afectado con *incumbencia* por la afectación por parte de otro, sin que ello sea imputable –; y (b) las condiciones bajo las cuales se encuentra justificada una *acción* necesaria para salvaguardar intereses dependiendo de la situación respectiva. De forma puramente didáctica, puede calificarse a la función (a) como una función de determinación de presupuestos de las situaciones típicas de necesidad – (a) define las situaciones de necesidad –; y a la función (b) como una función de determinación de la extensión de la consecuencia jurídica que se sigue de esa situación – (b) define las acciones de necesidad –.

De acuerdo a la función (a) dispersa en los artículos A, B y C, pueden distinguirse tres situaciones de peligro para un interés en relación con la situación del titular del interés afectado por la acción de necesidad: (i) peligro imputable al titular del interés afectado por la acción de necesidad (= agresión) – esta es la situación de la legítima defensa –, (ii) peligro del que es responsable el titular del interés afectado por la acción de necesidad – esta es la situación del estado de necesidad defensivo –, y (iii) peligro no atribuible ni siquiera distributivamente al titular del interés afectado por la acción de necesidad – esta es la situación del estado de necesidad agresivo –. En cada una de estas situaciones, la afectación típica del interés en cuestión se encuentra justificada (i) en principio siempre; (ii) preferentemente; y (iii) en relación inversa con (ii). En otras palabras: la función (b) limita la justificación de la acción de necesidad en (i) – legítima defensa – simplemente por la consideración inmanente de necesidad de la acción en cuestión; en (ii) – estado de necesidad defensivo – no sólo en la medida de la necesidad, sino también por una consideración mínima de los intereses del afectado por la acción de necesidad; y en (iii) – estado de necesidad agresivo- en la medida de la necesidad y por una consideración máxima – directamente inversa con (ii) – de los intereses del afectado por la acción de necesidad.

2) El fundamento del sistema

El sistema parte de la base que, como se explica a continuación, los tres estándares de determinación de la justificación se encuentran legitimados y que dicha legitimación también se distribuye de la forma en que lo exige el sistema.

La extensión de la facultad de defensa en la legítima defensa asume una justificación reactiva (o, si se quiere, normativa tradicional) de ésta. La afectación se sigue del incumplimiento de reglas por parte del agresor, con lo que dicho incumplimiento justifica inmediatamente la consecuencia (legítima defensa) que se sigue de ello como algo de lo que es responsable quien transgrede las reglas.

Las reglas de atribución de incumbencia, en cambio, asumen un punto de vista puramente distributivo: en ellas no se trata de la atribución de responsabilidad por

infracción de reglas – ya que siempre que pueda atribuirse incumbencia de *esa* forma, va a existir al mismo tiempo legítima defensa –, sino de pura primacía distributiva en el soporte de los costos de un peligro. El caso tradicional es el caso del propietario (y en su forma más tradicional, de un perro): aunque el propietario haya sido diligente en cuidar que la cosa de la que es dueño no se transforme en un peligro para terceros, en caso de hacerlo fortuitamente, el peligro le incumbe en primer lugar a él. Pero en general, toda persona que se encuentre obligada a vigilar una fuente de peligro tiene primacía en el soporte del peligro en cuestión. Esa primacía permite construir todavía la situación como una situación de defensa: el agente se defiende frente a un peligro del que otro es responsable. Con ello, la situación se presenta como un conflicto simple entre autonomía y solidaridad: como el peligro del que otro es responsable implica una afectación de los intereses del agente, el agente defiende su autonomía, pero al mismo tiempo su acción defensiva implica una afectación de los intereses de otra persona que no se ha comportado contra derecho. Con ello, el límite interpersonal bajo el cual se puede afectar los intereses del otro tiene que venir dado por la fijación positiva de la medida en que solidaridad indeterminada es exigible por el sistema. Dicha medida es fijada esencialmente por dos instituciones penales: la omisión de socorro y, en lo que aquí interesa, el estado de necesidad agresivo..

El estado de necesidad agresivo fija las condiciones bajo las cuales la autonomía ajena que se encuentra jurídicamente (es decir: formalmente) protegida, puede ser sin embargo afectada para salvar intereses propios. El estado de necesidad agresivo (a diferencia completa del estado de necesidad defensivo) es de esta forma una suerte de excepción al derecho: permite traspasar excepcionalmente los límites formales que éste mismo fija. Esto es evidente en el caso tradicional de justificación por estado de necesidad agresivo, a saber, la afectación de la propiedad con el objeto de evitar otro mal. La propiedad es en sí un derecho de exclusión: constituye una prohibición perentoria de utilización (y con mayor razón destrucción o daño) no consentida de la cosa. El estado de necesidad agresivo permite, sin embargo, hacer uso (o destruir o dañar) de la cosa sin autorización del dueño. Con ello, puede ser construido directamente como excepción al derecho de propiedad: eso hace el § 904 del Código Civil alemán. Si el derecho no limita los bienes jurídicos que pueden ser afectados exclusivamente a la propiedad, la misma consideración admite ser generalizada. Como el derecho formal – si se quiere: la autonomía – se encuentra aquí de la parte del afectado por la acción de necesidad – él tiene *derecho* a que su propiedad o su libertad o su integridad corporal no sea afectada sin su consentimiento –, la medida que fija las condiciones bajo las cuales el agente puede, pese a todo, salvar sus intereses, fija al mismo tiempo la medida en que es exigible una ruptura de la distribución formal de autonomía. En términos de principios: el estado de necesidad agresivo fija el punto de primacía de la solidaridad (consideración de los intereses materiales de otro) por sobre la autonomía formal (atribución de posiciones formales). Este es el caso exactamente inverso al del estado de necesidad defensivo, en donde la autonomía justifica la acción de necesidad y la solidaridad la limita. Con ello, lógicamente la fijación de la extensión de la facultad de defensa/afectación por necesidad tiene que ser en ambos casos directamente inversa. El sistema consagra esto.

Los artículos A, B y C regulan directamente sólo el conflicto central en las situaciones de necesidad, a saber, cuando el agente defiende sus propios intereses, es decir, es el beneficiario de la acción de necesidad. Los artículos D y E contienen reglas complementarias del sistema que se refieren a situaciones especiales en que esa situación se modifica. El principio que subyace a ambos artículos es sencillo: la voluntad del beneficiario determina la procedencia de la justificación (principio de autonomía). El

artículo D regula la situación de necesidad cuando quien se ve fácticamente afectado por la acción de necesidad es, a la vez, su beneficiario.. La determinación de la licitud de la acción depende primariamente de su consentimiento. En ausencia de su consentimiento expreso, el artículo D declara lícita la acción si puede construirse un consentimiento presunto. Esta es la única medida de la acción, porque no existe un conflicto que vaya más allá del conflicto interno del beneficiario. El artículo E regula la situación general de actuación en intereses de terceros. La situación E es similar a la situación D, en el sentido que los intereses del beneficiario de la acción de necesidad son definidos por el agente, pero es a su vez distinta de ésta, ya que sigue existiendo un tercero afectado por la acción de necesidad. El artículo E, por lo tanto, declara la justificación combinando, según sea el caso, las reglas aplicables a la situación de necesidad – eso regula la situación respecto al tercero – y las reglas sobre consentimiento presunto – eso regula la situación respecto del beneficiario –.

3) Fuentes de la propuesta

El sistema propuesto recoge básicamente la mejor reconstrucción dogmática actualmente disponible del sistema de necesidad en el derecho penal alemán. Eso no quiere decir, sin embargo, que asuma la regulación alemana. El Código Penal alemán sólo contiene reglas sobre estado de necesidad agresivo (§ 34) y legítima defensa (§ 32), además de regular el § 228 del Código Civil alemán la situación especial de estado de necesidad defensivo frente al propietario de la cosa de la cuál emana el peligro. Frente al sistema alemán, la propuesta regula en forma general al estado de necesidad defensivo – sólo consagrado explícitamente respecto de cosas en Alemania y por lo mismo sumamente controvertido en relación con la fuente de la justificación en casos de peligro creados por el propio cuerpo del destinatario de la acción de necesidad¹ –. Además, la redacción de los artículos en cuestión intenta mantener, en lo posible, formulaciones tradicionales chilenas (así, por ejemplo, con el concepto de “agresión ilegítima” de la legítima defensa).

Los otros modelos del Anteproyecto son considerados deficientes en esta materia. Pese a que las reglas de legítima defensa del derecho vigente chileno (artículos 10 número 4 a 10 número 6 del Código Penal), del Código Penal español y del Anteproyecto Foro Penal no sean problemáticas en relación con la legítima defensa, ninguno de dichos modelos contiene referencia alguna al estado de necesidad defensivo, ni mucho menos un sistema continuo de fundamentación de facultades de necesidad. La regulación del estado de necesidad (agresivo) es además injustificablemente generosa en el Anteproyecto Foro Penal y en el Código Penal español: ambos declaran justificable cualquier acción para salvar un interés propio (simplemente) superior a un interés ajeno. Esto desconoce la esencia del estado de necesidad: no es una causa de justificación por comparación de males en el que haya que elegir el mal menor – una concepción de esta clase se encuentra por cierto sumamente extendida en el mundo hispano-parlante, pero es incompatible con la estructura del derecho –, sino que es una facultad de intrusión en autonomía ajena o, lo que es lo mismo, una forma autorizada de afectación de derechos ajenos. La

¹ Esto no quiere decir que sea controvertida la aplicabilidad general del estado de necesidad defensivo. La controversia es, en eso, puramente formal: parte de la literatura sostiene que se encuentra implícito en el § 34 del Código Penal (estado de necesidad agresivo), mientras que otra parte sostiene que la estructura del estado de necesidad agresivo y aquella del estado de necesidad defensivo son incompatibles, con lo que el estado de necesidad defensivo sólo puede ser reconocido por generalización del § 228 del Código Civil alemán (estado de necesidad defensivo respecto de cosas). Las conclusiones a las que llevan ambas posturas son, en principio, equivalentes, aunque la primera postura sostiene que la inversión ideal de la medida de la justificación que el § 228 BGB supone respecto del § 34 StGB no siempre es aplicable, sino que depende de las circunstancias del caso.

incorporación de un derecho de afectación de derechos ajenos por una pura consideración de supremacía del interés que subyace a ambos, deformaría esencialmente al derecho en caso de tomarse en serio. Ya que la determinación de lo prohibido y permitido pasaría siempre a depender de qué es aquello que directamente favorece más intereses materiales, el análisis material del conflicto desplazaría por completo al análisis formal. Este es el gran problema de las teorías ingenuamente utilitaristas de principios de siglo XX en Alemania, y que superficialmente siguen siendo dominantes entre nosotros. Si se trata de pura consideración material del conflicto, lo crucial es la determinación del interés que tienen en determinados bienes los involucrados en el conflicto. Por utilidad marginal, necesariamente el dueño de un patrimonio inferior siempre tiene un interés mayor en los bienes del dueño de un patrimonio superior, con lo que toda acción redistributiva (es decir, todo hurto), estaría necesariamente justificado hasta que exista igualdad completa de patrimonios.

Uno puede reemplazar la consideración puramente material del conflicto, por una matriz de análisis que formalice intereses. Ese es el caso de la hasta hace poco dominante teoría de la ponderación total de intereses en Alemania: para evitar resultados absurdos, incluye el interés que subyace al propio refuerzo que supone la atribución de una posición jurídica. Si ese es el caso, ese refuerzo de intereses se deja reconstruir de la misma forma en que aquí (bajo una base metodológica distinta) se hace: la existencia de un interés formalizado es lo que determina la incompatibilidad entre estado de necesidad agresivo y defensivo y la diferencia en la regla que fija el punto de justificación.

En el derecho español, la existencia de una cláusula simple de primacía genera además problemas dogmáticos que sólo pueden resolver con distinciones no recogidas expresamente: el Código Penal español agrupa erróneamente en el artículo 20 número 5 los supuestos de estado de necesidad agresivo, colisión de deberes, estado de necesidad exculpante y (controvertidamente) estado de necesidad defensivo. Como la estructura de todas esas instituciones es incompatible, sólo su interpretación como cuatro reglas distintas puede salvar los problemas que se siguen de la regla. Una regulación diferenciada es, desde cualquier punto de vista, preferible.

El Título Y contiene sólo dos reglas, referidas a causas de exculpación. En la única diferencia que es dogmáticamente necesaria de reconocer, las reglas del Título X fijan deberes de tolerancia, mientras que las reglas del Título Y sólo regulan la relación del agente con el Estado y no en cambio con terceros. Por eso, se trata de reglas estrictamente *personales*, frente a las reglas con estructura y fundamentación *interpersonal* del Título X.

El artículo F consagra el estado de necesidad exculpante, el que ya se encuentra consagrado en la legislación nacional (artículo 10 número 11), pero con una deficiencia importante. Como se trata de una exclusión de imputación puramente personal, la cuestión absoluta de los bienes jurídicos en peligro es determinante: si existe efecto exculpante, no es porque los bienes del agente sean comparativamente más relevantes que los del destinatario de la acción de necesidad, sino simplemente porque el legislador reconoce que la exigencia de cumplimiento de normas no es justificable cuando ésta lleva a la pérdida del sujeto (o algo asimilable). En otras palabras: el estado de necesidad exculpante determina las condiciones bajo las cuales el seguimiento de las reglas no es exigible, lo que al menos en principio depende exclusivamente de la posición del agente. El actual artículo 10 número 11 del Código Penal no limita los bienes jurídicos en peligro que fundamentan el corte en la imputación, lo que es deficiente.

El artículo E consagra una regla también personal de exculpación para ciertos casos de exceso en la legítima defensa, tomada en lo esencial del derecho penal alemán.

III. FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

Artículo A: Legítima defensa

No actúa ilegítimamente quien obra en defensa de sus intereses frente a una agresión ilegítima actual imputable al afectado por la defensa, siempre que la medida de la lesión causada por la defensa sea racionalmente necesaria.

La legítima defensa no es aplicable en caso de provocación intencional de la agresión.

La redacción propuesta de la legítima defensa pretende complementar la regulación vigente. Así, la redacción reproduce en parte las expresiones propias de éste (“obrar en defensa”, “agresión ilegítima”) que definen requisitos con contenido complejo y no determinable específicamente, pero especifica aquellos requisitos cuyo contenido sí es determinable. En particular, la medida de la necesidad de la lesión ha sido especificada. En esto, la propuesta da cuenta de una diferencia esencial entre legítima defensa y estado de necesidad defensivo: como en el primer caso existe una infracción de autonomía que no es puramente reducible al interés material afectado, la fuga frente a la agresión no define la “necesidad” de la defensa. La necesidad sólo limita la extensión de la acción de defensa, no en cambio su procedencia. En el estado de necesidad defensivo (y, por cierto, en el agresivo), la necesidad determina antes la situación, con lo que define tanto la procedencia de la acción de necesidad como su extensión. La propuesta pretende dar cuenta de esto introduciendo el requisito de necesidad al definir la extensión de la justificación en la legítima defensa, frente al caso de ambos estados de necesidad, en que el requisito de necesidad define directamente la variante (a).

En lo demás, la propuesta sólo menciona los requisitos tradicionales de la legítima defensa: actualidad de la agresión, limitación de la facultad de defensa a la relación con el agresor, además de los ya señalados requisitos de “imputación” y “necesidad”.

El inciso segundo ha incorporado también una particularidad del derecho de raíz española que no se encuentra en el derecho alemán. La cláusula de exclusión en caso de necesidad permite al menos limitar la sumamente polémica discusión en torno a la exclusión de la legítima defensa en caso de provocación (figura de la *actio illicita in causa*).

Artículo B: Estado de necesidad defensivo

No actúa ilegítimamente el que ejecuta una acción necesaria para salvaguardar sus intereses frente a un peligro actual del que es responsable el afectado, siempre que los intereses afectados por la acción defensiva no sean considerablemente preponderantes frente a los intereses que ella salvaguarda..

[Inciso segundo posible: Hacer referencia a la cláusula de la comisión por omisión – posiciones de garante – para determinar quién es responsable por un peligro].

La redacción propuesta, al menos en tanto no incluya el inciso segundo calificado como *posible*, regula la estructura y las condiciones generales de procedencia del estado de necesidad defensivo, pero no en cambio el contenido de su condición central. Es decir: da cuenta del hecho de que un subsistema de reglas de atribución de responsabilidad es necesario pero no lo especifica. En esto se asemeja a la exigencia de imputación en la legítima defensa – reglas de atribución de responsabilidad plena por situación de necesidad defensiva –, que tampoco tiene un contenido explicitado. Pero mientras en el caso de la legítima defensa el recurso a la larga historia dogmática de ésta puede compensar el déficit, el estado de necesidad defensivo es una institución relativamente reciente². Esa relativa indeterminación es, sin embargo, necesaria.

En parte, el problema de relativa indeterminación de las condiciones de procedencia del estado de necesidad defensivo puede tratarse legislativamente por referencias a las reglas sobre posición de garante: ellas también determinan incumbencia respecto a peligros, los que se ven formalizados como obligaciones (en el caso de la comisión por omisión: como mandatos). La complejidad del estado de necesidad defensivo puede, sin embargo, hacer desaconsejable completar la referencia. La relación entre reglas sobre comisión por omisión / posición de garante y estado de necesidad defensivo es compleja. La comisión por omisión implica declaración normativa de equivalencia, con lo cual la comisión de un delito por omisión implica responsabilidad plena (imputabilidad), por lo que la medida de la defensa frente a ésta es la legítima defensa. Aquí no se trata de eso: no se trata de la infracción de obligaciones como en la comisión por omisión, sino de la pura relación con la fuente del peligro. Ilustrado en el caso tradicional del perro: si el perro muerde a un tercero, el dueño – garante de la vigilancia de la cosa al menos por reciprocidad dada por la ventaja que implica la posición de dueño – es preferentemente responsable de los costos que se sigan de ello, con independencia de las condiciones en que se haya verificado el ataque. Si el ataque se verificó, sin embargo, en condiciones en que le es imputable la intención de no cumplir con su obligación (ejemplo: el dueño advierte que el perro va a morder a un niño, no tiene inconvenientes para evitarlo, pero prefiere no hacer nada y observar), entonces hay una agresión y la medida de la defensa es la legítima defensa (caso de la legítima defensa frente a omisiones, casi unánimemente aceptada por la dogmática). Regular en una regla todas estas relaciones no es sin embargo posible, con lo que la propuesta se decide por una regla con contenido parcialmente abstracto. La determinación del contenido de la regla abstracta sólo puede ser efectuada dogmática y jurisprudencialmente.

En lo demás, la regla establece los requisitos tradicionales del estado de necesidad defensivo: actualidad del peligro y necesidad de la acción defensiva. La medida de la extensión de la facultad de defensa se ve fijada por una regla de ponderación negativa, cuya medida es inversamente proporcional a la del estado de necesidad agresivo. La razón de la inversión ya ha sido explicada: como lo reconoce de forma mayoritaria la dogmática actual, el estado de necesidad defensivo reproduce el conflicto que se da en estado de necesidad agresivo de forma inversa. En el conflicto entre autonomía formal y solidaridad, el estado de necesidad agresivo define la medida en que la solidaridad derrota a la autonomía formal (“considerablemente preponderante”). Como en este caso la

² En Alemania, la historia del estado de necesidad defensivo se remonta ciertamente a fines del siglo XIX y principios del siglo XX: éste nació con la codificación civil. Su contenido en casos de atribución de responsabilidad distinta de la del dueño – caso regulado por el Código Civil – es sin embargo objeto de discusión sólo desde los años 60. Fuera de Alemania, en particular en Suiza, Austria y España, el estado de necesidad defensivo ha tendido a ser reconocido sólo desde los años 90 y todavía con dificultades en la determinación de su contenido.

solidaridad limita la facultad de defensa, la preponderancia considerable fija el límite de la extensión de la facultad de defensa. Las razones de la elección de la medida “preponderancia considerable” serán explicadas a continuación al dar cuenta de la fundamentación particular del estado de necesidad agresivo.

Artículo C. Estado de necesidad agresivo

No actúa ilegítimamente el que ejecuta una acción necesaria para salvaguardar sus intereses frente a un peligro actual, siempre que los intereses resguardados sean considerablemente preponderantes frente a los intereses afectados.

No puede justificarse por estado de necesidad agresivo la afectación de la vida ni la afectación grave de la integridad física o de la libertad, a menos que ese interés quedara igualmente afectado en el futuro inmediatamente posterior a la omisión de la acción de necesidad.

La justificación por estado de necesidad agresivo no excluye el eventual derecho del afectado a la indemnización de perjuicios.

La propuesta de regulación del estado de necesidad agresivo contiene tres incisos, siendo el objetivo regulativo de cada inciso distinto. El inciso primero define las condiciones de justificación en estado de necesidad agresivo. El inciso segundo fija reglas especiales de la ponderación en caso de estado de necesidad, estableciendo una excepción relativa al “estado de necesidad trágico”. El inciso tercero, finalmente, pretende subsanar un error histórico del derecho chileno. El contenido y la fundamentación de cada inciso se explicará en forma independiente.

a) La regulación propuesta del estado de necesidad agresivo recoge simplemente los requisitos tradicionales de éste: necesidad de la acción de necesidad y actualidad del peligro, además del requisito de “preponderancia considerable” en la ponderación de intereses. Los dos primeros requisitos no merecen una fundamentación especial, pese a que la determinación precisa de su sentido es una tarea dogmática relevante.

Sí es crucial explicar la razón de la introducción de la extraña medida de la “preponderancia considerable”. Dicha medida es una adaptación lingüística de la expresión “wesentlich überwiegen” del derecho alemán. En ambos casos, la fórmula pretende dar cuenta del hecho que no se trata simplemente de la comparación de intereses concretos lesionados – en un caso por la acción de necesidad, en el otro caso en ausencia de la acción de necesidad – y de la determinación del “mal menor” para efectos de elegir entre la hipótesis “ejecutar la acción de necesidad” frente la hipótesis “omitir la acción de necesidad”. El estado de necesidad agresivo no es la expresión de un principio utilitarista extremo de elección de “males menores” en la fijación de lo permitido y lo prohibido. Al contrario, un principio de esta clase es esencialmente incompatible con la estructura del derecho: el derecho formaliza intereses en posiciones jurídicas, las que se ven absolutamente protegidas frente a interferencias de terceros con independencia de que la afectación del interés protegido sea materialmente menos relevante para su titular que la pérdida de un interés que se seguiría de no ejecutar la acción en cuestión. La incorporación de un principio consecuencialista desformalizado de esta clase, deformaría toda la estructura del derecho: implicaría aceptar que la determinación de lo prohibido, permitido y mandado no depende de la asignación de posiciones formales, sino de la comparación de intereses materiales. El estado de necesidad agresivo no puede ser, por ello, aquello que la doctrina mayoritaria en Chile cree: de ser la elección por el mal menor

en casos de necesidad, el estado de necesidad agresivo sería el equivalente a una cláusula de renuncia general del derecho.

De lo que se trata en el estado de necesidad agresivo es, por cierto, de la fijación de la medida en que la comparación material de intereses se superpone a la determinación formal de autonomía por concesión de posiciones formalizadas. Pero precisamente como se trata de la fijación de una medida de excepción, no puede tratarse de simple “preponderancia” o de determinación del mal menor. El conflicto que se produce en estado de necesidad agresivo no es un conflicto, como usualmente se cree, que se da simplemente entre dos posiciones materiales, sino un conflicto entre, por una parte, una pretensión de satisfacción de un interés material, frente a una pretensión de satisfacción de un interés material y de una posición formal. El conflicto es, por ello, asimétrico. Las dos posiciones son además parcialmente inconmensurables: ambas pretensiones materiales pueden, con cierta dificultad práctica, compararse, pero la pretensión de respeto formal es por definición irreductible a las otras dos. La expresión de esta pretensión y la eliminación de la inconmensurabilidad de las posiciones tiene que expresarse formalmente, a saber, en la fijación de la medida en que el interés material del agresor puede ser preferido al interés complejo del agredido. Esa es la función de la cláusula de “preponderancia considerable”. Una simple preponderancia o una simple cláusula de comparación de males – en la forma en que el artículo 10 número 7 del Código Penal y sus equivalente en el Código Penal Español y en el Anteproyecto Foro Penal – fracasan en dar cuenta de esto. En sus propios términos, estas cláusulas declaran una primacía de la consideración material del conflicto por sobre su consideración formal, lo que es jurídicamente inaceptable. Por supuesto, nadie se toma realmente en serio una consideración de esta clase, con lo que terminan introduciendo requisitos *ad hoc* para evitar la conclusión absurda. Pero el problema no es el no reconocimiento de requisitos *ad hoc*, sino derechamente la regulación irreflexiva del estado de necesidad agresivo³.

Por supuesto, lo dicho también es compatible con una reconstrucción consecuencialista formalizada (o moderada). Si se considera que la asignación de posiciones formales a través de derecho implica el refuerzo de intereses materiales, la conclusión a la que ello lleva es idéntica a la aquí defendida: ese refuerzo que supone la creación de un sistema de derechos, tiene que expresarse, para evitar que sea reducido a nada si la determinación de lo permitido y prohibido depende sólo de comparación de intereses materiales. La cláusula de “preponderancia considerable” cumple con ello exactamente el mismo rol.

b) El inciso segundo del artículo C de la propuesta contiene una regla especial de ponderación que también pretende reconocer lo absoluto de las posiciones formales jurídicamente protegidas. Al limitar la justificación a afectaciones patrimoniales y afectaciones menos graves de intereses personalísimos, los derechos personalísimos quedan absolutamente protegidos frente a agresiones. Ello impide fundar “preponderancia considerable” por adición o valoración de vidas (e intereses equivalentes) que se salvarían de llevar a cabo la acción homicida (o equivalente) de necesidad, un principio unánimemente reconocido en el derecho alemán.

³ Curiosamente, el muy criticado derecho vigente chileno se ve apenas afectado por esta crítica: su cláusula de restricción del estado de necesidad agresivo a la propiedad es una forma de reconocimiento de la impermeabilidad de las posiciones formales frente a pretensiones materiales, aunque ciertamente limitado sólo a derechos personalísimos. La pretensión irreflexiva de apertura a justificación del estado de necesidad respecto de derechos personalísimos es menos expresiva de los problemas del derecho chileno que de las críticas a las que ha sido sometido.

Pese a ello, la segunda parte del inciso segundo reconoce una excepción a este principio de imponderabilidad de intereses personalísimos vitales o cuasi-vitales. La restricción no resulta aplicable a los casos en que la vida o el interés en cuestión se encuentre “en cualquier caso perdida”. Este es el reconocimiento mínimamente racional a una excepción, ahora sí, puramente consecuencialista: en casos de comunidades de peligro con posibilidades de supervivencia (o equivalentes) unilaterales – uno de los involucrados va en cualquier caso a morir en el futuro inmediato –, es razonable reconocer un derecho de necesidad a quien no se encuentra ya perdido (“estado de necesidad trágico”). En Alemania, la introducción de una regla de esta clase ha sido discutido tradicionalmente en relación con el tradicional caso del montañista (dos montañistas se encuentran unidos por una cuerda, ambos caen siendo sostenido el primero por la cuerda y el segundo por otra cuerda que lo amarra al primer montañista. La cuerda cederá a menos que el primero corte la parte que sostiene al segundo) y recientemente a propósito de los ataques del 11 de septiembre de 2001. En respuesta al peligro de un ataque terrorista suicida por medio de aviones comerciales secuestrados, el Parlamento Alemán aprobó en el § 14 inciso 3 de la Ley de Seguridad Área una autorización para derribar el avión por parte del ejército (a ser autorizado por el Gobierno), para evitar que el avión secuestrado sea utilizado para derribar otro blanco. El Tribunal Constitucional declaró la regla inconstitucional, por considerar que atentaba contra la dignidad humana de los civiles dentro del avión secuestrado. Pese a ello, la no punibilidad de la acción de derribar el avión sigue siendo casi unánimemente reconocida (incluso por los miembros del Tribunal Constitucional), invocando un estado de necesidad exculpante supra-legal. La solución es, sin embargo, completamente inconsistente: considerar que una autorización para que el Estado actúe de una forma determinada constituye una “exculpación”, es prácticamente una contradicción en los términos. Que en Alemania se prefiera razonar de esta forma eufemística (a diferencia, por ejemplo, de Estados Unidos, donde la comunidad jurídica no ha tenido problemas en establecer no sólo autorizaciones en casos trágicos, sino incluso ponderaciones de números de víctimas) no resulta difícil de explicar producto de su historia particular. No es casual que la discusión sobre comunidades de peligro y acciones de necesidad sufriera un giro radical a propósito del tratamiento de casos de eutanasia en el régimen nacional-socialista. Pero en Chile, donde ciertamente hemos conocido represión y brutalidad política tradicional, pero nada asimilable a ponderaciones de tipos o números de vida, la introducción de una regla mínimamente racional como la del estado de necesidad trágico, no debiera tener las dificultades políticas que tiene en Alemania.

c) Por aplicación (incorrecta) del principio de unidad del ordenamiento jurídico, tanto la doctrina penal como la doctrina civil chilena reconocen efecto justificante al estado de necesidad agresivo en materia civil. El razonamiento es sencillo y parece convincente: las causas de justificación tienen efecto en la calificación de la licitud de la acción de necesidad, por lo que al no ser ilícita – sino jurídicamente permitida –, no puede ser procedente una indemnización por responsabilidad extracontractual.

La ligereza con que esta línea de razonamiento ha sido aceptada es sorprendente y, en el fondo, no es más que una manifestación de la ligereza en el análisis de la naturaleza del estado de necesidad agresivo: como no se advierte la peculiar naturaleza excepcional del estado de necesidad agresivo, no se advierte tampoco lo absurdo que resulta reconocerle efecto justificante civil. Ese absurdo se reconoce, sin embargo, con el más sencillo ejemplo de un caso de estado de necesidad: un turista se encuentra en peligro de ahogarse producto de fuertes corrientes que de improviso llegan a la costa en la que se

bañaba. Como se trata de una zona rocosa, sólo puede ser salvado de utilizarse algún bote de la bahía, el que con seguridad resultará dañado producto de la acción de rescate. Otro turista pretende socorrerlo, para lo cual le pide ayuda a un pescador. Éste, sin embargo, se niega por considera que su bote resultará dañado de ir en ayuda del turista. Es razonable hacer una excepción a los derechos de exclusión del pescador dueño del bote y permitirle al rescatista que constriña al pescador a aceptar que éste utilice su bote. No es razonable, sin embargo, hacerle cargar a él con los costos del rescate del turista: su derecho de propiedad fue excepcionalmente levantado para superar una situación de necesidad, pero ello no implica que pueda ser absolutamente desconocido. Ni siquiera el derecho de expropiación reconoce formas absolutas de desconocimiento de derechos subjetivos por el bienestar de otro.

Precisamente por ello, tanto el Código Civil alemán en su § 904 como el Código Penal Español de 1848⁴, del que fue básicamente copiada la regla actual del artículo 10 número 7 del Código Penal chileno, establecen expresamente que la justificación no afecta el derecho a indemnización. El Código Penal chileno eliminó, sin embargo, esta regla. En esto, la comparación de la forma en que el derecho español y el derecho chileno tomaron y reformaron esa consideración es elocuente. Mientras en el derecho chileno la regla fue simplemente eliminada con ligereza, la legislación española se hizo cargo del problema de la indemnización en estado de necesidad y la reguló con más detalle que en el Código de 1848. Así, actualmente, el artículo 118 del Código Penal español establece expresamente que el artículo 20 número 5 no libera de la obligación de indemnizar, y atribuye la obligación de indemnizar a quien se haya favorecido con la acción de necesidad⁵. Esta es la consecuencia necesaria que se sigue de la consideración de la excepcionalidad del estado de necesidad agresivo: la acción de necesidad permite, por cierto, superar la necesidad, pero ello no puede implicar una vulneración completa de la posición jurídica protegida del destinatario de la acción de necesidad.

El supuesto argumento normológico en el que se basa la aplicación civil de la justificación también se deja refutar fácilmente. El principio de unidad del ordenamiento jurídico implica reconocer necesariamente las consecuencias en la norma de comportamiento que tiene la justificación penal. Es decir, tanto penal como civilmente

⁴ El texto del artículo 8 N° 7 del Código Penal Español de 1848 era el siguiente: “El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca un daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera: Realidad del mal que se trata de evitar. Segunda: Que sea mayor que el causado para evitarlo. Tercera: Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.” El artículo 16 estableció expresamente la procedencia de la obligación de indemnizar en caso de estado de necesidad.

⁵ Por cierto, ello no quiere decir que la regulación española sea el mejor modelo posible. A diferencia del derecho alemán, el derecho español trata en conjunto en el artículo 20 número 5 del Código Penal los supuestos de (i) estado de necesidad agresivo justificante; (ii) estado de necesidad exculpante; (iii) colisión de deberes y (iv) – controvertido – estado de necesidad defensivo. Eso no sólo es problemático para el juicio de justificación penal, sino también para el juicio de indemnización. La regla de no exención de la obligación de indemnizar tiene sentido tanto para el estado de necesidad agresivo – por consideraciones propias de ésta – y para el estado de necesidad exculpante – lo que además se sigue de la dogmática de las causas de exculpación –, pero no es aplicable a todos los casos de colisión de deberes y, sobre todo, no es ningún caso aplicable al estado de necesidad defensivo, en el que la atribución de responsabilidad (distributiva) al destinatario de la agresión, implica necesariamente que tenga que cargar también con el costo de la defensa. En eso, el modelo alemán sigue siendo superior: el § 228 BGB (estado de necesidad defensivo) exime de la obligación de indemnizar, mientras que el § 904 BGB (estado de necesidad agresivo) no lo hace. La propuesta sigue este modelo. Del modelo español es posible, sin embargo, extraer la regla de atribución de la obligación de indemnizar del artículo 118 III del Código Penal. Aquí no se ha planteado en forma explícita, porque es una cuestión propia del derecho civil (a diferencia de la clarificación de la ausencia de consecuencias de la justificación por estado de necesidad agresivo en materia civil, lo que es un problema de relaciones entre derecho penal y derecho civil).

(en general: jurídicamente), el destinatario de la acción de necesidad se encuentra obligado a soportarla, esto es, tiene una prohibición de resistencia. En relación con la norma de sanción, ello sólo tiene consecuencias en aquellas ramas del ordenamiento jurídico que establecen continuidad absoluta entre normas de comportamiento y normas de sanción, es decir, en aquellas ramas en que siempre tiene que existir infracción de obligación real para que proceda una consecuencia. Ese es ciertamente el caso del derecho penal, pero en ningún caso del derecho civil y sobre todo no del derecho de responsabilidad extracontractual. El reconocimiento de formas de responsabilidad objetiva implica necesariamente considerar que se justifican “sanciones” (obligaciones de indemnización) sin necesidad de infracción de normas de comportamiento. Precisamente uno de los casos unívocamente reconocidos en Alemania de responsabilidad civil sin infracción de normas de comportamiento, es el caso del § 904 BGB (llamado “responsabilidad por sacrificio”). No reconocer esto en materia de estado de necesidad agresivo no es sólo errado, sino derechamente no tiene justificación posible.

Artículo D. Consentimiento presunto

No actúa ilegítimamente el que realiza un hecho en interés del propio afectado, siempre que no sea posible constatar su voluntad actual y que sea verosímil presumir que el afectado prestaría su consentimiento a la acción en cuestión.

La regla propuesta no tiene particularidades relevantes, más allá de la explicitación del consentimiento presunto como causa de justificación. Ninguno de los modelos que la Comisión ha elegido para el Anteproyecto contiene una regla de esta naturaleza. La razón por la que se incorporación es relevante es, sin embargo, de dos clases: sin consentimiento presunto no puede completarse un sistema de derechos de necesidad y defensa; y ella permite al mismo tiempo establecer una obligación de determinación de voluntad real del afectado por acciones en su favor, lo que es sumamente relevante en la praxis médica.

La propuesta no se pronuncia más allá de esto sobre la posición sistemática del consentimiento expreso. Si constituye una forma de atipicidad (lo que podría intentar fundarse en el hecho que no sea explicitado) o una forma de justificación (lo que podría intentar fundarse *a fortiori* a partir del artículo D) no es tematizado por la propuesta. La cuestión no tiene, sin embargo, ninguna incidencia práctica.

Artículo E. Intervención en favor de un tercero

Lo dispuesto en los artículos A, B y C se aplica también respecto de quien actúa para resguardar intereses de terceros, siempre que no sea verosímil presumir que el tercero se opondría a la acción en cuestión.

El artículo E regula los casos de legítima de defensa de tercero y de estado de necesidad en favor de terceros. A diferencia del derecho vigente, que distingue entre distintas clases de terceros para el caso de la legítima defensa, la propuesta no hace distinciones. Como en todos los casos se trata de justificaciones basadas en consideraciones objetivas, la introducción de limitaciones personales de esta clase no parece justificable. La única condición que establece el artículo E para la procedencia de la justificación, es que corresponda a la voluntad del tercero. Con ello, la intervención en favor de un tercero no resulta aplicable sólo en aquellos casos en que exista oposición del favorecido o en

aquellos casos en que pueda construirse ausencia presunta de consentimiento. La regla invierte así la carga de la prueba y parte de un principio general de favorecimiento.

Opcional: Artículo X. Colisión de deberes

No actúa ilegítimamente el que incumple un deber para cumplir otro de mayor entidad, en caso que el cumplimiento simultáneo de ambos deberes sea imposible. En caso que ambos deberes tengan igual entidad, el actor no actúa ilegítimamente si cumple cualquiera de ellos.

La propuesta no aboga por la incorporación de una cláusula de colisión de deberes, pero ofrece una redacción de la norma en cuestión en caso que la Comisión pretenda incluirla.

La razón por la que la colisión de deberes es conflictiva, es dos tipos:

-En primer lugar, es evidente que no puede tratarse ni de una causa de justificación – si aquello que califica a la causa de justificación es la concesión de un permiso fuerte y con ello de un deber de tolerancia correlativo – ni una causa de exculpación – si aquello que la define es no afectar directamente la norma comportamiento –. Con ello, el lugar sistemático que se le tiende a otorgar es el de causa de atipicidad, pero eso no quiere decir mucho. La polémica en torno a la posición sistemática de la colisión de deberes hace su regulación compleja.

-En segundo lugar, los casos de colisión de deberes en general o al menos los casos de colisión de deberes *aparente* tienen una relación sistemática con el estado de necesidad que resulta difícil de aclarar. El Código Penal español, por ejemplo, los regula en conjunto precisamente por considerar que existe al menos familiaridad: ciertamente allí se ponderan posición jurídica e intereses desde dos posiciones distintas, mientras en la colisión de deberes se asume sólo la posición del obligado, pero la idea de jerarquización de posiciones les sería común. Aunque un tratamiento de esta clase es poco convincente, siguen existiendo áreas en que las relaciones sistemáticas entre ambos son complejas. Esto se traspa a la cuestión de los derechos civiles que adquiere el titular del derecho vulnerado a causa de la colisión de deberes: hay casos en que es razonable tratarlo como estado de necesidad agresivo, es decir otorgar derechos de indemnización; pero también hay casos en que esta consideración no es razonable. La regulación puede hacer la cuestión aún más compleja.

Artículo F. Estado de necesidad excusante

No es punible la ejecución de una acción prohibida o la omisión de una acción mandada, cuando ésta haya sido necesaria para resguardar la vida, o para evitar un mal grave contra la integridad física o la libertad del agente, o aquella de un pariente o de un tercero afectivamente cercano [Alternativa: agregar cláusula de desproporción extrema].

La excusa prevista en el inciso anterior no es aplicable a quien sea responsable del acaecimiento situación de necesidad o a quien le sea especialmente exigible soportar el peligro en cuestión.

El artículo F establece una exculpación por inexigibilidad de otra conducta. A diferencia del derecho vigente, del Anteproyecto Foro Penal y del Código Penal Español, no regula de forma indeterminada ni psicologizada (“fuerza y miedo”) la inexigibilidad, sino bajo un estándar normativo: el estándar del estado de necesidad excusante. La limitación a los casos de peligro vital u otra clase de “males graves” corporales o relativos a la libertad del

afectado, establece de esta forma un estándar personal de exigibilidad en el seguimiento de las normas. Como aquí se trata de una consideración puramente personal, la intervención a favor de terceros *tiene* que encontrarse limitada por consideraciones personales. La propuesta también se hace cargo de esto.

Artículo G. Exceso en la legítima defensa

No es punible quien se excede en la legítima defensa, siempre que el exceso coincida con la acción defensiva y sea atribuible a miedo o confusión.

La propuesta regula el exceso en la legítima defensa como causa de exculpación en la forma casi unánimemente favorecida por la dogmática penal alemana: limitada sólo al exceso intensivo (excluyendo el llamado exceso extensivo y el llamado exceso personal) y siempre que sea imputable a ciertos afectos. No presenta ninguna particularidad más allá de esto.