

JAVIER WILENMANN

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

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
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
<i>a)</i> La relación normativa general entre autonomía y solidaridad.....	67
<i>b)</i> La autonomía formal como sustantivización de la perspectiva normal del Derecho.....	69
<i>c)</i> Solidaridad	76
<i>d)</i> 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
<i>a)</i> Introducción: tres sistemas de relaciones valorativas	103
<i>b)</i> Descripción general del sistema	108
<i>c)</i> Incorporación de relaciones valorativas constantes en el sistema de causas de justificación: sobre la distinción entre dos subsistemas de atribución de responsabilidad	109
<i>d)</i> El potencial justificatorio de la solidaridad y su limitación recíproca con el principio de autonomía formal.....	118
<i>e)</i> 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
<i>a)</i> La agresión como fundamento de la legítima defensa. ¿Fundamento centrado en la posición del agresor?	143
<i>b)</i> Responsabilidad y defensa de la autonomía formal como aspectos constitutivos de la agresión	145
<i>c)</i> La tesis de la autoría mediata.....	149
<i>d)</i> La tesis de la asunción de riesgo o del consentimiento del agresor en la lesión	155
<i>e)</i> 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
<i>a)</i> Injusto y agresión: sobre la posición sistemática del concepto de agresión ilegítima	161
<i>b)</i> 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
<i>a)</i> La agresión considerada desde el punto de vista del agredido. Los bienes jurídicos que pueden ser resguardados mediante legítima defensa	181
<i>i)</i> Introducción: la definición inicial de agresión y el tratamiento de las «agresiones aparentes»	181
<i>ii)</i> Delimitación general de bienes jurídicos cuya defensa mediante legítima defensa es procedente	188
<i>iii)</i> La defensa del honor	202
<i>iv)</i> La defensa de la intimidad, de la privacidad y de la propia imagen	209
<i>v)</i> Propiedad, posesión y morada	215
<i>vi)</i> Defensa del patrimonio y delimitación frente a derechos personales cuya satisfacción no puede ser coercitivamente impuesta	231
<i>vii)</i> La legítima defensa frente a la coacción	242
<i>b)</i> La agresión considerada desde el punto de vista del agresor: la estructura de las reglas de imputación	251
<i>i)</i> Introducción	251
<i>ii)</i> Condiciones personales de atribución de responsabilidad fuerte: sobre la «culpabilidad» en la legítima defensa	253
<i>iii)</i> Condiciones normativas de atribución de responsabilidad fuerte: la intención de agresión	259
4. La actualidad de la agresión	269
<i>a)</i> Las reglas generales de evaluación de la actualidad de la agresión y el inicio de esta	270

	Pág.
<i>b)</i> La agresión todavía actual y la agresión que persiste.....	276
5. La ilegitimidad de la agresión.....	279
<i>a)</i> Agresión, causas de justificación y antijuridicidad.....	279
<i>b)</i> ¿Agresión legítima en cumplimiento de órdenes vinculantes cuya realización sea ilícita?.....	281
<i>c)</i> ¿Agresión legítima en la ejecución ilícita de una potestad estatal?	287
<i>d)</i> Excurso: la jurisprudencia chilena sobre cumplimiento de órdenes en casos de crímenes cometidos durante la dictadura.....	290
IV. LA ACCIÓN DE DEFENSA.....	293
1. La necesidad como estructura central en el juicio de legitimidad de la defensa.....	295
<i>a)</i> Introducción.....	295
<i>b)</i> La estructura de la necesidad y del juicio sobre la acción defensiva	299
<i>i)</i> El problema del criterio de apreciación de la necesidad	300
<i>ii)</i> La idoneidad del medio de defensa.....	304
<i>iii)</i> La estructura general del requisito de necesidad en sentido estricto y su forma de apreciación	310
<i>iv)</i> Reglas de la experiencia generalizables en la apreciación de necesidad en sentido estricto	314
<i>v)</i> Casos especiales y problemáticos: la defensa mediante 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 LEGÍTIMA DEFENSA: SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA 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 defensa objetivamente dada.....	344
2. La relevancia sistemática de la legítima defensa putativa y de las reglas de imputación de la acción justificada.....	347

	<u>Pág.</u>
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
III. 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
IV. 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
<i>a)</i> Introducción: la teoría de la ponderación de bienes y la teoría de la ponderación total de intereses.....	605
<i>b)</i> Estructura general del juicio de ponderación	608
<i>c)</i> Los objetos en comparación	608
<i>d)</i> Los criterios de valoración de los objetos en ponderación	612
<i>e)</i> La medida normal de la regla de reconocimiento del permiso y el juicio resultante de la ponderación	615
<i>f)</i> Los criterios de variación de la regla que fije la medida desde la que se reconoce una facultad de agresión.....	618
<i>g)</i> 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
<i>a)</i> Introducción.....	624
<i>b)</i> La estructura del dogma de la imponderabilidad de la vida humana	626
<i>c)</i> Fundamento y origen del dogma.....	629
<i>i)</i> La autopercepción el origen del dogma de la imponderabilidad.....	629
<i>ii)</i> Las estrategias argumentativas de fundamentación del dogma	633
<i>iii)</i> Fundamentación centrada en el Derecho a la vida...	634
<i>iv)</i> Argumentaciones centradas en la estructura del estado de necesidad.....	641
<i>iv)</i> Argumentación centrada en la idea de Estado de Derecho o en la dignidad política individual.....	643
<i>v)</i> El dogma como consecuencia en el estado de necesidad justificante del cambio en la comprensión del estado de Derecho	646
<i>d)</i> La extensión de las reglas de limitación	647
<i>e)</i> ¿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
<i>a)</i> Estado de necesidad como institución filosófica y teórica.	656
<i>b)</i> El estado de necesidad defensivo	658
<i>c)</i> Colisión de deberes.....	661

	Pág.
3. Derecho y excepción.....	663
<i>a)</i> Introducción: comunidades de peligro con distribución unilateral de posibilidades de salvación como situación extrema.....	663
<i>b)</i> 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
<i>a)</i> Los problemas de la justificación a favor de un tercero ...	675
<i>b)</i> Autonomía e intervención a favor de un tercero	679
<i>c)</i> 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
<i>a)</i> Introducción.....	689
<i>b)</i> La licitud de intervenciones a favor del propio afectado: el sistema de la licitud de la intervención terapéutica	690
<i>i)</i> El arreglo institucional «autodeterminación del afectado (paciente)».....	690
<i>ii)</i> Condiciones de aplicación de instituciones auxiliares de determinación de la licitud y contenido necesario de estas.....	693
<i>iii)</i> Decisiones inmanentes a un sistema de justificación de las intervenciones terapéuticas e instituciones auxiliares.....	695
<i>c)</i> El consentimiento presunto.....	697
<i>d)</i> El consentimiento del representante	705
<i>i)</i> Introducción.....	705
<i>ii)</i> El problema del consentimiento del representante ..	707
<i>iii)</i> Naturaleza y contenido del consentimiento del representante	711
<i>e)</i> 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