

El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile

*Javier Wilenmann**, **

RESUMEN

El presente artículo presenta una crítica a la dogmática del estado de necesidad justificante en Chile, centrada, en particular, en la falta de conciencia ante el problema de legitimación que le subyace. Mientras la pretensión de fundamentación en relación con la idea de los límites del derechos frente a la necesidad (necessitas legem non habet) es impertinente en una tradición que reconoce la teoría de la diferenciación, el reenvío al principio del interés preponderante o bien no ofrece ningún fundamento o bien es expresivo de una justificación utilitarista del estado de necesidad, la que a su vez es incompatible con la estructura del derecho y de las causas de justificación. El artículo ofrece finalmente una reconstrucción verosímil del conflicto que subyace al estado de necesidad y de las razones del reconocimiento de la justificación.

Derecho penal – estado de necesidad justificante – estado de necesidad agresivo
deberes de solidaridad – causas de justificación.

The justification of duress in Chilean criminal law. At the same time, introduction to the problem of the doctrine of duress in Chile

ABSTRACT

This article presents a critique to the duress' doctrine in Chile. It focusses, in particular, on the lack of awareness of the legitimacy problem that underlies it. The justification based on the idea of the limits of rights against the necessity (necessitas legem non habet) is irrelevant in a tradition that recognizes a theory of differentiation. On the other hand, the reference to the principle of overriding interest offers no justification or is expressive of a utilitarian justification of necessity. This, in turn, is incompatible with the structure of law and legal exculpations. Finally, the article offers a plausible reconstruction of the conflict that underlies duress and the reasons for exculpation.

Criminal law – duress – duties of solidarity – exculpations

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. LL.M. Universität Regensburg; Dr. Iur. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Correo electrónico, jwtlenmann@yahoo.com

** Agradezco los comentarios y sugerencias efectuados por Ivó Coca Vila a un primer borrador del presente artículo.

Artículo recibido el 25 de noviembre de 2013 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 28 de mayo de 2014.

1. INTRODUCCIÓN

Desde su codificación, el derecho penal chileno contempla una cláusula de exclusión de la punibilidad por estado de necesidad en el artículo 10 número 7 del Código Penal (CP). Antes de la inclusión de una nueva disposición sobre estado de necesidad en el artículo 10 número 11 CP, esta era la única disposición penal expresa referida al estado de necesidad¹. De acuerdo con dicha disposición:

“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 7° El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1a. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. 2a. Que sea mayor que el causado para evitarlo, 3a. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

¹ Parte de la doctrina reconocía, al menos antes de la introducción del nuevo artículo 10 número 11 CP, una recepción del estado de necesidad exculpante en el artículo 10 número 9 CP, el que libera de pena al que actúa motivado por un miedo insuperable o una fuerza irresistible. Aunque la interpretación de esta disposición como manifestación del estado de necesidad exculpante es difícilmente justificable, la cuestión ya no tiene relevancia, salvo para reconstruir la historia dogmática de este. Una causa de justificación especial, la que en distintas circunstancias puede actuar como estado de necesidad agresivo justificante, estado de necesidad defensivo justificante o consentimiento presunto, se encuentra en el artículo 145 CP. De acuerdo con el artículo 145 inciso primero CP, el allanamiento de morada (artículo 144 CP) no se encuentra prohibido cuando el autor entra al predio ajeno para evitar un mal para sí, para el poseedor o un tercero, o para auxiliar a la humanidad o a la justicia. En aquellos casos en que la entrada en morada ajena tiene lugar para alejar un peligro para sí o para un tercero, se trata de una forma de estado de necesidad agresivo, a menos que el peligro sea de alguna forma imputable a responsabilidad del poseedor. En aquellos casos en que el autor pretende evitar la realización de un peligro para el poseedor, se trata de una forma de consentimiento presunto (sobre la aplicabilidad de las reglas del consentimiento presunto en caso de actuación en favor del afectado, véase solo Engländer, A., “Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2010, pp. 15 s., con referencias ulteriores). Por ello, la consideración del artículo 145 del Código Penal como una simple manifestación del estado de necesidad agresivo justificante (así, Politoff, S.; Matus, J.; y Ramírez, M., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Segunda Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2003, p. 233) es imprecisa. En caso del auxilio a la justicia o a la humanidad, uno debiera asumir que se trata de una forma de estado de necesidad agresivo respecto de bienes jurídicos supraindividuales. Como el artículo 145 CP parece simplemente aplicar estructuras de justificación generales a un caso particular, este parece ser superfluo (así Politoff, Matus, Ramírez, *Ibíd.*). Su relevancia sistemática no se encuentra, sin embargo, en dar cuenta de la aplicabilidad de una situación de justificación general al allanamiento de morada, sino en las modificaciones que implica respecto de la estructura de valoración de la justificación de las causas de justificación generales respectivas. Así, el artículo 145 del Código Penal implica una apertura evidente a la justificación por estado de necesidad agresivo en caso de entrada en morada ajena: la cuestión se limita a la existencia de un peligro relevante. La estructura general de ponderación de intereses se ve reemplazada por esa consideración. De la misma forma, en el caso de tratarse de una situación de consentimiento presunto, el artículo 145 del Código Penal implica una concesión de la razonabilidad de la presunción del consentimiento, en todo aquel caso en que la entrada permita evitar cualquier mal relevante para el poseedor.

Su formulación fue tomada casi literalmente del artículo 8 número 7 del Código Penal español de 1848² y no ha sufrido ninguna modificación desde la codificación. Considerado comparativamente, la importancia del estado de necesidad en el derecho penal ha variado, en cambio, radicalmente. Ello puede advertirse inmediatamente mediante una comparación diacrónica de la situación de la dogmática del estado de necesidad en Alemania, en donde el desarrollo del estado de necesidad ha tenido su más marcada evolución, al momento de la codificación chilena y en la situación actual: mientras al momento de la codificación chilena todavía se discutía la posibilidad misma de excluir la pena en casos de necesidad, desde entonces (i) la codificación del derecho privado distinguió entre dos formas de estado de necesidad en los § 228 y 904 del Código Civil alemán (BGB), lo que se ha visto acompañado con el desarrollo de una dogmática civil referida a las condiciones de procedencia de la indemnización de perjuicios³; (ii) la teoría de la diferenciación, reconducible a los trabajos de Berner sobre estado de necesidad y legítima defensa, se impuso dogmáticamente⁴; (iii) el estado de necesidad defensivo ha sido generalmente reconocido; (iv) el estado de necesidad exculpante suprallegal ha sido reconocido; (v) y la reforma a la Parte General del Código Penal alemán (StGB) en el año 1975 codificó reglas explícitas sobre estado de necesidad justificante y exculpante.

² Así también Garrido Montt, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2003, p. 139 y García, M., *El estado de necesidad en materia penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1999, p. 89-90. El texto del artículo 8 N° 7 del Código Penal español de 1848 era el siguiente: "7. 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". Sin tomar en consideración algunas modificaciones de redacción irrelevantes, la disposición chilena solo tiene una segunda hipótesis temporal (no solo "realidad del mal que se pretende evitar", sino además "peligro inminente"). Esa modificación, que podría tener relevancia en el caso de figuras que implican imputación de responsabilidad por el peligro, no tiene incidencias en la dogmática del estado de necesidad agresivo: como lo relevante en la fundamentación del permiso de lesionar a otro es la comparación de intereses, la configuración temporal del peligro es secundaria frente a la necesidad de la acción de necesidad. Mucho más relevante es una modificación crucial que la doctrina chilena no ha advertido. De acuerdo con el artículo 16 del Código Penal español de 1848, la declaración de inocencia (o de justificación) por estado de necesidad (agresivo) no implica exención de la obligación de indemnizar civilmente. Una regla de esta clase no fue incorporada ni en el Código Civil ni en el Código Penal chileno. El origen de la difícilmente comprensible justificación civil por estado de necesidad asumida por la doctrina civil y penal chilena se encuentra aquí. En este artículo no puedo dar cuenta de este problema más que de forma marginal. Espero poder publicar en el futuro cercano un artículo referido solo a ese tema.

³ Sobre el vínculo entre el desarrollo dogmático penal del estado de necesidad y la codificación civil, véase solo Pawlik, M., *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 2002, pp. 34-37; y Hatzung, A., *Dogmengeschichtliche Grundlagen und Entstehung des zivilrechtlichen Notstands*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 1984, pp. 127 ss.

⁴ Sobre el origen y las condiciones de imposición de la teoría de la diferenciación, véase solo Lenckner, T., *Der rechtfertigende Notstand*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1965, pp. 7-15 y Küper, W., "Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung", en *Juristische Schulung*, 1987, pp. 82-86.

La evolución reseñada es solo la cara externa del enorme desarrollo de la teoría del estado de necesidad. Ella se ha visto acompañada por un gran número de contribuciones cruciales a la fundamentación y tratamiento de deberes de ayuda y tolerancia derivados de solidaridad (o, en su interpretación más antigua, derivados de utilidad social). Por cierto, aún hoy se tiende a hablar de una situación no satisfactoria de la teoría del estado de necesidad en Alemania. Ello es, sin embargo, una cuestión probablemente insuperable: el estado de necesidad es una institución que es en sí problemática, por lo que es probable que una sensación de crisis le sea inmanente⁵. Pese a ello, es indudable que entre un estado en el cual la discusión se limitaba a la posibilidad de fundamentar derechos de necesidad distintos de la legítima defensa, y el estado actual, en el cual la dogmática del estado de necesidad se ha vuelto particularmente minuciosa, puede hablarse de progreso.

Considerado desde un punto de vista puramente legislativo, la situación en Chile ha variado mucho menos. Hasta el 2010 no se había producido ninguna modificación en la regulación general del estado de necesidad. Esto, en sí, no es ni sorprendente ni reprochable: el estado de necesidad es una institución que apenas se deja regular⁶. Por cierto, es en abstracto posible que el legislador regule casuísticamente algunas situaciones especiales de necesidad —tradicionalmente: el hurto famélico o los derechos del propietario en caso de incendio del predio del vecino—. Pero una decisión de esta clase contradeciría metodológicamente la idea de regulación general⁷. Ello quiere decir: tanto la fundamentación abstracta como el trabajo concreto del estado de necesidad deben tener

⁵ En distintos puntos de la historia del estado de necesidad pueden encontrarse expresiones de crisis en las contribuciones centrales a su desarrollo. Así, en 1912 Löffler podía afirmar que la literatura sobre estado de necesidad de su tiempo se encontraba “en un estado especialmente lamentable de confusión” (citado de acuerdo con Maurach, R., *Kritik der Notstandslehre*, Berlín, 1935, p. 4). En la literatura actual, véase por ejemplo Frisch, W., “Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien”, en Paeffgen *et al.* (Eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, Duncker Humblot, Berlín, 2011, p. 425.

⁶ Así también Pawlik, *op. cit.*, p. 147 (“En la medida en que el legislador ha regulado la situación base del estado de necesidad justificante, el estado de necesidad agresivo, y adicionalmente también ha regulado (al menos en parte) el estado de necesidad defensivo, ha hecho lo que puede esperarse de él”) y p. 148 (“Una formulación que permita subsunción segura simplemente no se deja lograr aquí”); y Lenckner, *op. cit.*, p. 206 (“La regulación del estado de necesidad del borrador no es otra cosa que un cheque en blanco cuyo llenado el legislador debe dejarle al juez”) y p. 207 (“Una norma concreta legislativa que le permita resolver o que le simplifique esencialmente la resolución al juez, simplemente no puede ser efectuada a través de una disposición general del estado de necesidad”).

⁷ En el derecho común, el estado de necesidad tendía a ser tematizado y regulado en relación con situaciones particulares. De acuerdo con Hatzung, *op. cit.*, “el derecho romano casuísticamente configurado” no conocía “ningún derecho de necesidad con configuración dogmática general” (p. 45). Ello se corresponde con la opinión citada por el propio Hatzung de Titze, en relación con que los “los romanos no conocían ningún derecho de necesidad general, sin distinción de si se trataba de la lesión de la cosa peligrosa misma o de un tercero no involucrado” (p. 47). En el Corpus Iuris habrían sido regulados solo casos particulares y, en especial, lo referido a los derechos del propietario frente a la casa en llamas del vecino. Con mayor detalle respecto del estado de necesidad en el derecho común y a su recepción, Hatzung, *op. cit.*, pp. 38 ss. Sobre la fundamentación de derechos de necesidad respecto de la propiedad ajena en la escolástica y la escolástica tardía, véase solo Renzikowski, J., “Solidarität in Notsituationen—ein historischer Überblick”, en Von

lugar en jurisprudencia y dogmática. Con ello, la pregunta por la evolución del estado de necesidad es antes una pregunta de historia dogmática que de historia legislativa.

Pese a los 150 años de reconocimiento positivo general del estado de necesidad, no existen motivos para considerar que el estado de la dogmática de este en Chile haya evolucionado de forma suficiente para acercarse al nivel de otras tradiciones dogmáticas. Tanto la fundamentación del estado de necesidad y su determinación sistemática como el tratamiento dogmático de sus condiciones de procedencia muestran imprecisiones en la literatura chilena. La diferenciación entre estado de necesidad justificante y exculpante –el centro de la dogmática del estado de necesidad– es ciertamente conocida, pero es imprecisamente apreciada, con lo que tiende a ser reducida a un problema de comparación de intereses. Así, suele afirmarse que en caso de preponderar los intereses salvaguardados, el hecho necesario estaría justificado, mientras que, ante igualdad de intereses o incluso cuando preponderaran los intereses afectados, el hecho quedaría exculpado⁸. En el caso de la distinción fundamental entre estado de necesidad justificante defensivo y agresivo, la situación es algo más precaria: en aquello que se ha escrito sobre el tema, el estado de necesidad defensivo, la última gran evolución internacional en la dogmática del estado de necesidad, es en general simplemente ignorado⁹.

Por cierto, la literatura ha tendido a vincular la estrechez del reconocimiento del estado de necesidad con la estrechez de su regulación legislativa: el ordenamiento jurídico

Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 16 ss.

⁸ Por todos, Cury, E., “El estado de necesidad en el Código Penal chileno”, en *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 253.

⁹ En lo que alcanzo a ver, el estado de necesidad defensivo ha sido tematizado por Villegas, M., “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 23 N° 2, pp. 160 ss., en relación con casos de homicidio del marido abusador; Bascuñán, A., “La licitud del aborto consentido en el derecho chileno”, en *Revista Derecho y Humanidades* N° 10, Santiago, 2004, pp. 173 ss., y (en contra) Ossandón, M., “Aborto y justificación”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N. 2 (2012), pp. 338 ss., en relación con derechos de la mujer en caso de peligro para su vida vinculados al embarazo; Mañalich, “El hurto-robto frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 7 (2006), pp. 76 ss., en relación con los derechos del ladrón poseedor de la cosa tras la consumación del hurto. Como puede apreciarse, en todos estos casos se trata de tematizaciones pasajeras referidas a problemas especiales: defensa preventiva en violencia doméstica y aborto son ciertamente sedes tradicionales de discusión sobre el estado de necesidad defensivo, pero precisamente por la particularidad de los problemas que suponen, son sedes en las que sin apoyo sistemático, este tiende a ser deformado. La única pretensión de reconstrucción sistemática que alcanzo a reconocer se encuentra en Mañalich, “Condiciones generales de la punibilidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* N° 2 (2005), pp. 424-425, la que por tratarse de un comentario sobre jurisprudencia, es también sumamente escueta; y Mañalich, “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta interpretativa”, en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Reuters Thomson, Santiago, 2013, pp. 718-720, cuyo objeto es, sin embargo, descartar (correctamente) la interpretación del nuevo artículo 10 número 11 CP como estado de necesidad defensivo. En el reciente libro en memoria de Enrique Cury la distinción es mencionada por Acosta, J., “Artículo 10 N°s 7 y 11 del Código Penal. Algunos criterios de delimitación”, en Van Weezel (Ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Reuters Thomson, Santiago, 2013, pp. 698-699. También Cury, “El estado de necesidad (...)”, *op. cit.*, p. 254, ha dado cuenta de su existencia y de la falta de tratamiento en Chile, sin profundizar más allá de esto.

chileno parecía, hasta la reforma de 2010, reconocer solo al estado de necesidad agresivo justificante y en condiciones (supuestamente) restrictivas¹⁰. En qué medida esto es simplemente un lugar común o no, es algo que no puede apreciarse sin antes tematizar los fundamentos del estado de necesidad.

Las consideraciones anteriores, unidas al enorme desarrollo de la teoría del estado de necesidad en Alemania en los últimos años, demuestran ya de por sí el valor de someter a revisión y reconstrucción crítica la dogmática del estado de necesidad en Chile. A esto se une, además, la introducción de una modificación reciente en la legislación nacional, respecto de ello la importancia de la dogmática del estado de necesidad puede apreciarse ya superficialmente considerada.

La reforma del 2010¹¹, llamativamente efectuada en una ley que pretendía combatir el “femicidio”, tuvo por objeto incluir una causa de exclusión de la pena para otorgar mayor protección a las mujeres frente a maridos abusadores, en particular en los casos en que la mujer finalmente mata al marido. En su fundamentación, la reforma partió de la base que la sede de tematización de una conducta de esta clase era el estado de necesidad (sin apellidos) contenido en el artículo 10 número 7 CP, pero la estrechez dada por la cláusula de limitación de la justificación a la afectación de la propiedad haría necesaria una ampliación legislativa. Por ello se introdujo una disposición en la que la facultad de agresión no se restringiera a la propiedad ajena y cuyas condiciones de procedencia fueran más generosas que en el artículo 10 número 7 CP. El artículo 10 número 11 CP llevó esto a cabo, en lo esencial, exigiendo que no exista desproporción grave entre el mal causado por la acción de necesidad y el mal prevenido mediante ella. Una regla de esta clase no puede, sin embargo, en caso alguno justificarse por “solidaridad”, “utilidad” o aquello que se identifique como fundamento del estado de necesidad agresivo. La estructura de valoración introducida por el artículo 10 número 11 CP es completamente incompatible con el estado de necesidad que pretendía ampliar —simplemente no puede ser que se reconozca una autorización general de lesión de derechos de otros para salvar bienes de menor entidad de uno; ello sería una claudicación total del derecho—, por lo que solo podría ser compatible o bien con el estado de necesidad defensivo o bien con el estado de necesidad exculpante. Pero ni la característica fundamental central del estado de necesidad defensivo (la atribución de competencia respecto al peligro) ni la característica fundamental central del estado de necesidad exculpante (la fijación de criterios absolutos de inexigibilidad de cumplimiento de reglas) pueden encontrarse en el artículo 10 número 11 CP. Al contrario, la estructura de condiciones de determinación de la situación de necesidad del artículo 10 número 11 CP es la del estado de necesidad agresivo. Incluso más: la reforma no derogó ni modificó el artículo 10 número 7 CP y la estructura de las condiciones de procedencia del artículo 10 número 11 CP, equivale a la del estado de necesidad agresivo, con lo que en la legislación actual sigue existiendo

¹⁰ Por todos véase Cury, “El estado de necesidad (...)”, *op. cit.*, p. 250.

¹¹ El análisis de la reforma requiere indudablemente al menos de un artículo completo. Por ahora, véase solo Cury, *Ibíd.*, pp. 250-251.

un supuestamente estrecho estado de necesidad agresivo del artículo 10 número 7 CP y un excesivamente amplio estado de necesidad agresivo del artículo 10 número 11 CP, todo esto no solo es en sí difícilmente fundamentable, sino que además sistemáticamente injustificable¹². Los problemas que genera el artículo 10 número 11 CP, pero asimismo las oportunidades que entrega, requieren para su solución/aprovechamiento el manejo de una teoría convincente del estado de necesidad. El desarrollo de este tiene, de esta forma, un doble valor en el estado nacional actual.

La superación de los problemas de la dogmática del estado de necesidad no pasa, por ello, por la entrega inmediata de propuestas interpretativas, en particular por un cierto apresuramiento en tematizar inmediatamente el artículo 10 número 11 CP, sino que

¹² Santibáñez, M. y Vargas, T., "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 N° 1 (2011), pp. 198-202, interpretan correctamente el artículo 10 número 11 CP como un problema de inexigibilidad y por ello, sin designarlo explícitamente, como recepción del estado de necesidad exculpante. La diferenciación que ofrecen frente al estado de necesidad justificante del artículo 10 número 7 CP es, sin embargo, confusa y errada. No solo no alcanzan a apreciar el problema del estado de necesidad justificante, sino que recurren a un criterio muy extendido en el mundo hispanoparlante de diferenciación de ambos que es completamente errado, a saber, si hay preponderancia del mal a evitar frente al mal causado, hay justificación (y limitación a la propiedad ajena en el caso chileno); si hay equivalencia o preponderancia del mal causado en caso de conflicto de intereses, hay exculpación. Así también, explícitamente, Acosta, J., *op. cit.*, p. 692, quien, por lo mismo, sostiene que el artículo 10 número 11 CP contiene supuestos de justificación —cuando el mal a evitar es mayor al daño causado— y de exculpación —cuando hay superioridad del mal causado— (pp. 696 ss.). No puedo tratar aquí en detalle el problema del estado de necesidad exculpante, pero ya una apreciación superficial del criterio permite ver que no tiene ninguna relación con el estado de necesidad exculpante: todo hecho punible admite ser reconstruido como una pretensión de satisfacción de un interés propio causando una afectación de intereses ajenos, sin que ello tenga relevancia en la determinación de su punibilidad. El estado de necesidad exculpante no es una causa de exclusión de la punibilidad basada en consideraciones interpersonales de ponderación de intereses, sino una causa de exclusión de la punibilidad puramente personal (eso no quiere decir, por cierto, que no puede interiorizar límites en relación con los intereses del afectado). La confusión alcanza su máxima expresión cuando Santibáñez y Vargas tematizan al hurto famélico como un caso de exculpación citando a Feuerbach. En una tradición que reconoce la teoría de la diferenciación, la cita a Feuerbach es ya desde un inicio llamativa. Pese a ello, ella puede tener sentido para tematizar el estado de necesidad exculpante: siguiendo a Kant, Feuerbach argumentó efectivamente a favor de una especie de exculpación por falta de sentido de la pena en situaciones de necesidad para la vida. Tomar el hurto famélico como ejemplo no parece, sin embargo, ser la mejor decisión ilustrativa de un caso de estado de necesidad exculpante: el hurto famélico es el gran caso que la tradición del derecho común podía considerar en términos que hoy se calificarían de injusto, reflejado incluso en el hecho que la Carolina y otras formas de legislación penal lo reconocían explícitamente. Ossandón, *op. cit.*, pp. 339 ss., interpreta al artículo 10 número 11 CP como una "regulación amplia" del estado de necesidad, la que por lo mismo haría irrelevante el artículo 10 número 7. Una interpretación de esa clase es, sin embargo, no solo ciega a las diferencias de fundamentos existentes entre ambos, sino abiertamente incompatible con un principio de fidelidad mínimo a la legislación que obligue a darle sentido a las disposiciones que se mantengan vigentes: según Ossandón, el artículo 10 número 11 CP habría derogado, sin hacerlo, el artículo 10 número 7. Similar a Ossandón, Couso, J., en Couso y Hernández (Eds.), *Código Penal Comentado*. Libro Primero, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pp. 234-235; y el propio Cury, "El estado de necesidad (...)", *op. cit.*, pp. 255-256, quien declara haber llegado *ex post* a la conclusión de que el artículo 10 número 7 CP habría sido derogado tácitamente. Correcto, en cambio, Hernández, H., en Couso y Hernández (Eds.), *Código Penal Comentado*. Libro Primero, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pp. 270-271.

requiere antes reflexiones básicas. Es decir, la reanudación de una discusión sería sobre el estado de necesidad solo puede venir dado por la generación de reflexiones en torno al fundamento de este. Como se verá, la literatura chilena ha dejado algo en el olvido la discusión sobre el fundamento de este, en condiciones que ello se ha convertido en el centro de atención internacional y en el punto crucial para producir desarrollo dogmático. En lo que sigue en este artículo, pretendo dar cuenta del problema que genera ignorar esa parte crucial de la dogmática del estado de necesidad. Llevaré esto a cabo intentando reconstruir lo que creo es la mejor versión disponible de la opinión dominante sobre el fundamento del estado de necesidad en Chile. Como se verá, la doctrina chilena tiende, en su mejor versión, a reenviar al llamado principio del interés preponderante, una construcción tomada de la dogmática penal alemana. Los problemas que tiene esta construcción y que han sido ampliamente revelados en los últimos años muestran la necesidad de revisar el fundamento del estado de necesidad. El artículo solo pretende hacer eso: mostrar cómo se ha vuelto insostenible el principio del interés preponderante y, al mismo tiempo, exponer una versión plausible de la teoría alternativa que actualmente domina el discurso alemán y, probablemente, español: la teoría de la solidaridad como fundamento del estado de necesidad agresivo. Ello deja abierto una serie de problemas que no puedo tratar aquí, en particular: (i) la inserción sistemática del estado de necesidad y el problema del reconocimiento del estado de necesidad defensivo; (ii) la diferenciación frente al estado de necesidad exculpante y la fundamentación de este; (iii) los problemas vinculados a los derechos de indemnización en estado de necesidad (en particular, agresivo); (iv) la interpretación de las condiciones de procedencia del estado de necesidad (agresivo) justificante y, solo una vez tratado todo eso, (v) el problema crucial actual de la interpretación del artículo 10 número 11 CP. Mi impresión es que la solución de todos esos problemas no puede hacerse invirtiendo el orden: ante todo, ninguna interpretación correcta del artículo 10 número 11 CP puede hacerse sin antes tematizar el fundamento del (los) estado(s) de necesidad y su posición sistemática. El presente artículo pretende tratar, por ello, el primero de esos problemas¹³. En el futuro cercano espero poder continuar tematizando aquello que le sigue.

2. JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA CONCESIÓN DE DERECHOS DE NECESIDAD. LA CEGUERA DE LA DOCTRINA CHILENA RESPECTO DEL PROBLEMA DE LOS DERECHOS DE NECESIDAD

La doctrina nacional considera de forma prácticamente unánime que el artículo 10 número 7 CP establece una causa de justificación¹⁴. Ello quiere decir que la exclusión

¹³ Por supuesto, quien conoce la discusión respecto del fundamento del estado de necesidad, puede llegar a y exponer conclusiones correctas sobre el artículo 10 número 11 CP, como hace Mañalich, "Sobre el estado de necesidad exculpante...", *op. cit.*, pp. 715 ss. Sin producir, sin embargo, antes la discusión que requiere el derecho nacional, es poco probable que sus conclusiones puedan ser seguidas con precisión.

¹⁴ Así Politoff, Matus, Ramírez, *op. cit.*, p. 228; Garrido Montt, *op. cit.*, p. 139; García, *op. cit.*, p. 2 y 89-91; Cury, E., *Derecho Penal, Parte General*, Octava Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2005,

de la pena en casos de lesión de propiedad ajena para salvar intereses de mayor cuantía es considerada como expresiva de un permiso y de un deber de tolerancia correlativo. En otras palabras: de acuerdo con el artículo 10 número 7 CP, la necesidad propia (o ajena) puede otorgar un “derecho” de lesionar la propiedad ajena no involucrada en la misma puesta en peligro. Pese a lo claro del problema de legitimación que le subyace —porque puede encontrarse obligado alguien no involucrado en una situación de peligro a sacrificar sus propios derechos para salvar intereses ajenos—, ello tiende a ser tematizado de forma estrecha en la literatura nacional y asumiendo las fórmulas legadas por los manuales tradicionales¹⁵. En parte, esto puede tener como explicación el aura de normalidad que una institución positiva y relativamente antigua como el estado de necesidad tiende a exhibir. Pero esa aura de normalidad es precisamente la que es engañosa. Si una parte de la base que el principio central del derecho es el establecimiento de esferas de autonomía, es decir, el reconocimiento y aseguramiento de ámbitos de exclusividad (exclusividad sobre el cuerpo y sobre los bienes propios, “lo mío jurídico” en la filosofía del derecho de Kant¹⁶) y, con ello, la concesión de un derecho general de exclusión sin consentimiento de ese ámbito de exclusividad (prohibición general de lesión), la explicación de la existencia de una facultad de salvar bienes propios mediante el uso o de la lesión de bienes ajenos es cualquier cosa menos autoevidente. El estado de necesidad no es una institución que se deje integrar naturalmente al derecho como, por ejemplo, la legítima defensa, sino una aparente contradicción de su estructura central¹⁷.

Incluso bajo las condiciones limitadas del artículo 10 número 7 CP se puede reconocer de inmediato el problema que supone el estado de necesidad. Si la disposición en cuestión establece una causa de justificación, entonces existe un permiso de utilización y en su caso daño/destrucción de la cosa contra la voluntad del dueño, bajo el único requisito de que ello tenga lugar para evitar la producción de daño respecto de bienes

pp. 377-379; Santibáñez y Vargas, *op. cit.*, p. 198; Vargas, “¿Tiene la *necesidad* cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10, N° 11”, en Van Weezel (Ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Reuters Thomson, Santiago, 2013, pp. 743 ss.; Couso, *op. cit.*, p. 234-235; Acosta, *op. cit.*, pp. 692 ss.; y Novoa, E., *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, p. 363. Etcheberry, A., *Derecho Penal*, Tomo I, 3. Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 1997, p. 262-264, no tematiza expresamente si se trata de una justificación o de una excusa. La afirmación respecto de que en caso de lesión de un bien de igual cuantía solo puede venir una exculpación en consideración, da cuenta inmediatamente que considera que el artículo 10 número 7 CP establece una justificación.

¹⁵ Una excepción relevante se ve constituida por la reciente publicación de Mañalich, “El estado de necesidad exculpante”, *op. cit.*, pp. 720-721, quien *en passant* da cuenta de la necesidad de recurrir a un principio de solidaridad en el tratamiento del fundamento ético-jurídico del estado de necesidad justificante.

¹⁶ Vgl. Kant, I., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Metaphysik der Sitten, Erster Teil), Hamburg, 2009, pp. 53 ss.

¹⁷ En detalle sobre la gran necesidad de fundamentación del estado de necesidad por comparación con la de la legítima defensa, Pawlik, *op. cit.*, pp. 1-17; Kühnbach, L., *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 14-17; Merkel, R., “Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Missverständnisse zu § 34 S. 1 StGB)”, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Fráncfort del Meno, 1995, pp. 175-176; Frisch, *op. cit.*, pp. 436-437; Perdomo-Torres, J., *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*, Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 11; Küper, *op. cit.*, pp. 86-88.

jurídicos (en principio) propios. El dueño se encuentra, a su vez, obligado a soportar esa agresión. Que algo así afecta el derecho de propiedad del dueño de la cosa es perceptible ya superficialmente. La propiedad es un derecho de exclusión. Fuera del ámbito del derecho público, las cosas ajenas solo pueden ser utilizadas y destruidas con consentimiento del titular de los derechos respectivos. Por cierto, esa cuestión se ve limitada en caso que exista abuso del derecho de propiedad o que la cosa propia ponga en peligro a otro. Pero ello no se opone al principio de exclusión de la esfera de autonomía del titular: como en ese caso se produce una agresión a la esfera de quien se defiende, la facultad de dañar la cosa es una demostración, una consecuencia de la idea central del derecho en las relaciones interpersonales.

En el estado de necesidad agresivo, una explicación de esta clase se encuentra desde un inicio excluida. El propietario no ha agredido ningún ámbito de autonomía ajeno. La situación de necesidad propia del estado de necesidad agresivo se caracteriza antes precisamente por un estricto mantenimiento de las obligaciones del propietario. Pese a ello, el propietario responsable que ha mantenido sus cargas y obligaciones vinculadas a la posición de privilegio que supone su propiedad debe tolerar una lesión. Sin darse cuenta de este problema crucial de legitimación que afecta al estado de necesidad agresivo, simplemente no puede apreciarse la radical relevancia que este supone para el derecho¹⁸.

Pese a la relevancia de este problema, en la literatura chilena apenas se encuentran expresiones de conciencia de este¹⁹. Ello es probable que se deba al fenómeno de normalización que supone su consideración por más de 150 años como causa de justificación normal, véase incluso después de la legítima defensa, paradigmática. Una expresión elocuente de este fenómeno se encuentra en la frase de apertura de la exposición de Garrido Montt del apartado sobre estado de necesidad: “El legislador no pudo menos que incorporar al ordenamiento jurídico reglado, una disposición que diera solución a los conflictos que se crean entre intereses legítimos contrapuestos, cuando para salvar uno hay

¹⁸ Uno puede cambiar el enfoque y trasladar el problema presentando, a la vieja forma del derecho común y de la teoría del derecho natural racional —derivada de la aún más vieja teoría de la ocupación como fundamento de la propiedad—, al estado de necesidad como una limitación a las condiciones bajo las cuales se reconoce propiedad (véase Renzikowski, *op. cit.*, pp. 16-25). Eso hace, por cierto, el Código Civil Alemán, el que incluye la cláusula de estado de necesidad agresivo en el artículo inmediatamente posterior a la definición de propiedad (§ 904 BGB). Una estrategia de esta clase no solo es problemática en la justificación de derechos de necesidades sobre bienes jurídicos personalísimos, sino que además esconde el hecho que no se trata de una limitación inmanente al derecho de propiedad. Al contrario, propiedad es exclusión; la limitación de su ámbito de aplicación requiere justificación (así también Kühnbach, *op. cit.*, p. 36). Ello no quiere decir, por cierto, que una limitación de esta clase no se deje fundamentar: una consecuencia de esa clase sería razonable ya sin existir norma expresa. Existiendo el artículo 10 número 7 CP, la conclusión sobre su legitimidad es dogmáticamente obligada. Pero sin tematizarlo, la interpretación de los derechos de necesidad no puede ser ni completa ni racional.

¹⁹ El problema de la justificación de una acción lesiva a un inocente es denunciado también por Vargas, *op. cit.*, pp. 743 ss. También en la literatura tradicional de manuales, lo más cercano a una denuncia de la ajencia del estado de necesidad se encuentra en Etcheberry, *op. cit.*, p. 262, el que describe la situación del destinatario de la agresión en estado de necesidad, a diferencia de la situación de legítima defensa, como la de un “inocente”. Pese a ello, Etcheberry no ofrece ninguna fundamentación del derecho de agresión a un inocente.

que necesariamente lesionar otro”²⁰. La cita en cuestión parece simplemente dar cuenta de esa área de normalidad que exhibe el estado de necesidad. Pero considerada de cerca, ella dice algo más, a saber, que es evidente que ante intereses superiores las prohibiciones jurídicas deben desaparecer. La afirmación de la evidencia de la justificación en estos casos se contradice con el hecho de que la solución que parece deducirse de la pretensión general del derecho es, en realidad, el mantenimiento de la prohibición de lesión y la sanción de la agresión pese a la necesidad. En otras palabras: mirado lógicamente, el derecho contiene antes del reconocimiento del estado de necesidad justificante una solución al tipo de casos a los que hace referencia Garrido Montt, la que además parece adaptarse de mejor forma a su estructura básica de valoración²¹. Aún más: en el estado de necesidad agresivo no hay en realidad ningún conflicto peculiar entre dos bienes jurídicos que deba ser decidido especialmente por el ordenamiento jurídico²². Si se produce del todo un conflicto que debe ser resuelto por comparación de intereses, se debe exclusivamente al

²⁰ Garrido Montt, *op. cit.*, p. 139. Aún más directa es la siguiente afirmación de Acosta, *op. cit.*, p. 694: “Que el derecho penal autorice a sacrificar típicamente un bien de menor entidad para salvar otro de mayor valor es algo que se explica de manera lógica y relativamente sencilla en el marco de las valoraciones jurídico-penales (principio de preponderancia)”. Una exposición crítica de expresiones similares en la dogmática alemana (en general, temprana) puede encontrarse en Meißner, A., *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, Duncker Humblot, Berlín, 1990, pp. 121-123 y Küper, *op. cit.*, p. 87.

²¹ En completa contradicción con la apertura de Garrido Montt de su análisis del estado de necesidad, ha devenido usual en Alemania iniciar la exposición con expresiones que den cuenta de la heterodoxia de este. Así por ejemplo Merkel, *op. cit.*, pp. 175-176: “El que una acción en sí punible se convierta en conforme a derecho a causa de que es comparativamente más provechosa para alguien distinto de la víctima, y en general para el autor mismo, parece colisionar radicalmente ya con el principio formal base de nuestro (y de cualquier) ordenamiento jurídico: la distribución con forma jurídica de bienes, pretensiones y libertades”. Así también Küper, *op. cit.*, pp. 86: “Por otro lado es revelador que no cualquier tipo de situación de necesidad puede tener el efecto de privar de validez a las prohibiciones penales y de entregar una facultad de desviar los daños propios hacia la comunidad o hacia otros individuos. Una ‘socialización’ amplia de situaciones de peligro sería el fin de un ordenamiento jurídico de libertades. El qué y por qué el estado de necesidad –sean cuales sean sus límites– pueda dar del todo un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos: esa vieja pregunta, decididamente respondida en forma negativa por Kant, sigue siendo en lo fundamental el problema central de toda teoría del estado de necesidad (...)”. Una decisión de iniciar el tratamiento del estado de necesidad con una introducción de esta clase puede encontrarse también en Pawlik, *op. cit.*, pp. 1 ss.; Kühnbach, *op. cit.*, pp. 13. ss.; Kühl, C., “Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands”, en Eser *et al.* (Eds.) *Festschrift für Theodor Lenckner*, Beck, Múnich, 1998, pp. 149-150 y 156-157; el mismo, “Freiheit und Solidarität bei den Notrechten”, en Weigend y Küper (Eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Springer, Berlín, Nueva York, 1999, pp. 264-266; el mismo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Edición, Vahlen, Múnich, 2008, § 8 nota al margen 1-7; Coninx, A., *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit*, Nomos, Berna, 2012, pp. 7-9; la misma, “Zufall und Verteilungsgerechtigkeit - Grundlagen für eine kontraktualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Notstandssituationen”, en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 175-176; Renzikowski, *op. cit.*, pp. 13-15; Erb, V., “Der rechtfertigende Notstand”, en *Juristische Schulung* 2010, pp. 17-18; Ladiges, M., *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, Duncker Humblot, Berlín, 2007, pp. 407-408 y NK-Neumann, § 34 nota al margen 6-8.

²² También Vargas, *op. cit.*, pp. 749-750 describe la situación de necesidad como un conflicto original de bienes jurídicos.

reconocimiento del estado de necesidad justificante²³. Ello demuestra la necesidad de fundamentar la razones por las que ese reconocimiento tiene lugar.

Aunque no pueden encontrarse desarrollos muy extensos de este fundamento, la literatura nacional permite reconocer algunas líneas de fundamentación. Estas líneas de fundamentación se dejan clasificar en (3) reenvío a la idea que la necesidad demuestra los límites del derecho; e intuiciones respecto a la resolución de algunos casos paradigmáticos de estado de necesidad; y (4) un reenvío a la llamada teoría del interés preponderante. Como se verá, los fundamentos expuestos en (3) no constituyen líneas argumentales realmente aplicables al problema del estado de necesidad justificante. Con ello, la mejor fundamentación disponible en la literatura mayoritaria chilena sobre el estado de necesidad consiste en el reenvío al principio del interés preponderante (4). En lo que sigue, pretendo reconstruir esto, para después mostrar las razones por las que la institución recibida y a la que reenvía la mejor literatura chilena, el principio del interés preponderante, no es en realidad sostenible. Ello lo demuestra claramente no solo la discusión comparada contemporánea, sino también sus fundamentos de filosofía moral y política.

3. ASUNCIONES PROBLEMÁTICAS EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN LA LITERATURA NACIONAL: *NECESSITAS LEGEM NON HABET* Y CONSECUENCIALISMO FORMALISTA

Más allá de la asunción de una falsa autoevidencia intuitiva del fundamento del estado de necesidad justificante, otras dos razones parecen explicar los problemas de la literatura chilena al respecto.

En primer lugar, las estrechas exposiciones de las discusiones sobre los fundamentos del estado de necesidad se encuentran demasiado ligadas al problema del estado de necesidad vital y, así, al problema de la tabla de Carneades. El reenvío al adagio *necessitas legem non habet*²⁴ como explicación de los fundamentos del estado de necesidad

²³ Ciertamente García, *op. cit.*, pp. 64 -65, presenta a la situación de necesidad como un conflicto en el que puede ser posible, en abstracto, “elegir” entre soportar el mal o lesionar a un tercero. A ello no le sigue, sin embargo, ningún análisis del carácter problemático de la elección por la segunda alternativa que supone la concesión de un derecho de necesidad; mucho menos puede encontrarse una fundamentación. La única huella de fundamentación que puede encontrarse en el pasaje en cuestión, habla sobre la insuperable presión a la que estaría sometido el autor en estado de necesidad. Una psicologización de esta clase es ya por cierto en el estado de necesidad exculpante criticable. En el estado de necesidad justificante, ella no es aplicable.

²⁴ Politoff, Matus, Ramírez, *op. cit.*, p. 228, reenvían exclusivamente a esta idea como fundamento del estado de necesidad justificante. Novoa, *op. cit.*, p. 357, inicia su exposición con un reenvío al adagio latino en cuestión, pese a que posteriormente haga referencia al principio del interés preponderante como fundamento real de este. Qué relación Novoa reconoce entre ambos, es algo que no puede advertirse. Derecho Penal (...), *op. cit.*, pp. 377-378, Bustos, J. y Hormazábal, H., *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 379 ss. y (bajo referencia a Cury) Tala, A., “La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 14 Nº 2-3 (1987), p. 318, se expresan correctamente contra la falta de relación entre estado de necesidad justificante y la máxima latina en cuestión. En el manual de Cury (y con ello también en el artículo de Tala) no puede encontrarse, sin embargo, ningún tratamiento

justificante demuestra esta fijación. Por cierto, la literatura filosófica tradicional se centra en el problema del estado de necesidad vital, el que sigue jugando un rol crucial en varias discusiones contemporáneas²⁵. En una tradición que acepta la teoría de la diferenciación, la máxima latina simplemente carece desde un inicio de vínculos con el problema del fundamento del estado de necesidad justificante. Es más: uno de los progresos más relevantes producidos tras la aceptación de la teoría de la diferenciación en la dogmática alemana fue precisamente el expulsar fuera de la discusión sobre la justificación por estado de necesidad el problema de los límites del derecho que supone la idea de que la necesidad (ante todo: vital) no conoce ley o, mejor, hace inexigible su seguimiento²⁶. En cambio, el estado de necesidad justificante determina las condiciones bajo las cuales el peligro para el bienestar propio o de un tercero otorga *un derecho* a hacer uso de bienes asignados jurídicamente a otro. Así, el *necessitas legem non habet* puede ciertamente todavía jugar un rol expresivo en la determinación de las razones de la inexigibilidad de otra conducta en aquellas situaciones en que el cumplimiento de la norma implica el sacrificio de bienes centrales para el obligado, es decir, en el estado de necesidad exculpante derivado de la discusión sobre estado de necesidad vital. Pero la diferenciación supone que es posible distinguir entre necesidad que otorga derechos y necesidad que no otorga derechos. Esto es: en algunos casos los ciudadanos pueden

directo del problema del fundamento del estado de necesidad. Solo su ubicación como parte de aquellas justificaciones que responden al “principio del interés preponderante” permite ver cuál sería el aparente fundamento, el que en cualquier caso no aparece explicado. Mucho más completa es la exposición de Bustos respecto de la diferencia entre estado de necesidad justificante y exculpante. Que su tratamiento también es insatisfactorio, puede verse un poco más abajo. En la larga exposición de García de las fuentes del estado de necesidad (pp. 70 ss.) se explica también correctamente que la cuestión del estado de necesidad vital no se encuentra relacionada. Pero tampoco puede encontrarse ningún intento real de fundamentación del estado de necesidad justificante más allá de una referencia vaga al principio del interés preponderante (pp. 83 ss.).

²⁵ El caso más relevante es el de estados de necesidad vitales traducibles en comunidades de peligro vitales, en particular cuando las posibilidades de salvación de los miembros de la comunidad de peligro están unilateralmente concentradas en algunos. En la literatura alemana actual, la discusión se ha centrado en la justificación del derribo de un avión de pasajeros secuestrado por terroristas, en aquellos casos en que el avión pretenda ser usado como arma para destruir otro blanco y otras vidas. Dicha discusión ha tenido no solo lugar por los eventos del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, sino sobre todo por la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional alemán del § 14 Inc. 3 de la Ley de Seguridad Aérea (Luftsicherheitsgesetz) –cuya regulación fue, por cierto, una consecuencia del 11 de septiembre de 2001–, el que bajo ciertos requisitos autorizaba la destrucción del avión secuestrado. No puedo dar cuenta en este contexto de esa discusión, no solo porque los presupuestos de la discusión y el fundamento de la eventual procedencia de una justificación son completamente distintos de los fundamentos tradicionales del estado de necesidad, sino también porque la literatura actual sobre la cuestión es sumamente extensa. En el futuro cercano pretendo publicar un texto centrado en el problema de las comunidades de peligro asimétricas y la justificación como “estado de necesidad trágico”.

²⁶ Ya Albert Friedrich Berner podía criticar a mediados del siglo XIX la fijación de los ordenamientos jurídicos de su tiempo en el estado de necesidad vital, cuestión característica del estado de necesidad exculpante. Para Berner “lo correcto” era, en cambio, reconocer otros *derechos* de necesidad, “por ejemplo en relación con el patrimonio y con el honor” (Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 13. Edición, Leipzig, 1884, p. 143). La teoría de la diferenciación en Berner constituye una crítica convincente al tratamiento tradicional de las situaciones de necesidad por parte de la literatura filosófica y jurídica.

contar con que pueden hacer uso de bienes ajenos en situación de necesidad; en otras ocasiones, la misma necesidad alcanza a fundamentar facultades de agresión, con lo que se encuentran obligados a soportar el mal en cuestión bajo amenaza de castigo en caso de hacer uso de bienes ajenos. La distribución de obligaciones de soportar males y de derechos de uso de bienes ajenos para no tener que soportar males es abiertamente incompatible con la idea de que se trata simplemente de una situación en que no se puede (exigir) proceder de otra forma²⁷.

Una segunda fundamentación solo aparente del estado de necesidad puede denominarse “consecuencialismo”. Esta forma de fundamentación invierte la estructura general de este: en vez de justificar las consecuencias que se siguen de una construcción dogmática por medio de la entrega de argumentos que sostengan la construcción dogmática, se afirma la necesidad de aceptar una cierta construcción dogmática justamente para llegar a las conclusiones en cuestión. En el caso del estado de necesidad agresivo, no es inusual encontrar de esta forma contribuciones que afirman la propiedad justificante del estado de necesidad agresivo para negarle derechos de defensa al destinatario de la agresión²⁸. Un argumento formalmente consecuencialista de esta clase no puede ya por su estructura servir para la legitimación del estado de necesidad justificante. Precisamente aquello que debe ser legitimado es la denegación de derechos de defensa y la imposición de deberes de tolerancia al destinatario de la agresión. Ello significa, por una parte, que el argumento es circular. Por otra parte, el argumento pasa por alto el problema subyacente a la legitimación del estado de necesidad justificante. Si se asume que el derecho otorga fundamentalmente ámbitos formales de autonomía, entonces precisamente aquello que debe ser explicado es el reconocimiento de una excepción en el caso del estado de necesidad. La intuición moral respecto de que el propietario de un bote debiera estar obligado a soportar el uso de este para salvar a alguien que de otra forma se ahogaría²⁹ puede constituir un perjuicio plausible en la construcción del fundamento de la institución que lo permite, pero no puede ser en sí suficiente para legitimar ese fundamento.

4. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE Y LEGITIMACIÓN SEGÚN EL PRINCIPIO DEL INTERÉS PREPONDERANTE. EL ESTADO DE NECESIDAD ENTRE UTILITARISMO Y FORMALISMO

Un buen número de contribuciones doctrinarias chilenas evitan introducir el *necessitas legem non habet* en una ubicación sistemática incorrecta y evitan a su vez entregar solo argumentos con la estructura invertida del consecuencialismo dogmático. Cury, Novoa

²⁷ Similar en la literatura chilena Cury, Derecho penal (...), *op. cit.*, p. 371 y García, *op. cit.*, pp. 84-85.

²⁸ Así claramente Bustos y Hormazábal, *op. cit.*, p. 140: “Justamente por sus consecuencias, la unificación en la culpabilidad hoy se encuentra prácticamente abandonada. Si fuera exculpante, significa que cualquiera puede ejercer legítima defensa en contra de quien pretende salvar un bien valioso, pues siempre habría una agresión ilegítima”.

²⁹ Así Bustos y Hormazábal, *op. cit.*, p. 140.

y Bustos tratan, en cambio, al principio de la protección del interés preponderante como fundamento de la justificación³⁰. Por cierto, no es posible encontrar en la literatura chilena sobre estado de necesidad simplemente exposiciones detalladas respecto del contenido de dicho principio, con lo que es difícil distinguir las situaciones en que es asumido como un lugar común respecto de aquellas situaciones en las cuales es expuesto como reenvío a una estructura de fundamentación real. La estrechez en el tratamiento del problema no impide, sin embargo, la evaluación. Esta es posible, por una parte, en atención a que algunos textos realizan pequeñas exposiciones sobre el contenido del principio del interés preponderante efectuadas a partir de la idea de que el derecho debiera preferir siempre la protección de bienes jurídicos de un valor mayor a bienes jurídicos de un valor menor³¹. Por otra parte, como se trata de una construcción dogmática tomada del derecho comparado –en particular, de Alemania– y con un desarrollo importante allí, es posible juzgar el mérito de la estructura de fundamentación del estado de necesidad en relación con el principio del interés preponderante evaluando la discusión comparada.

La consideración moral de que una acción o estado de cosas es siempre preferible a otros si implica conservación de bienes de mayor valor que sus alternativas, lo que no solo en la versión chilena tiende a encontrarse al explicitar el contenido del principio del interés preponderante, corresponde a una aplicación sencilla del utilitarismo moral clásico³². De acuerdo con el utilitarismo clásico, una acción es siempre éticamente correcta si ella incrementa el bienestar social³³. Una aparente consecuencia lógica de una consideración colectiva de esta clase es la atribución de preferencia moral de la acción de rescate, en aquellas situaciones en las cuales un bien no puede ser salvado sin sacrificio de un bien alternativo de menor valor. Como el bienestar general se verá afectado necesariamente por la destrucción de un bien –los bienes se encuentran así en comunidad de peligro artificial–, la decisión de conservar el bien de mayor valor y de sacrificar el

³⁰ Así explícitamente Bustos y Hormazábal, *op. cit.*, p. 143: “cuando la afectación de un bien es mayor que la del otro, se entiende que el derecho está dispuesto a dejar sin pena ese comportamiento, pues en todo caso se cumple su función de protección y, además, se asegura el desarrollo social, en cuanto lo fundamental no está afectado y se está dentro de los *riesgos* que implica la vida social”; y Novoa, *op. cit.*, pp. 357-358: “Cuando se sacrifica un bien menor como único medio de evitar la lesión de un bien jurídico más valioso, la generalidad de los juristas piensa que la conducta queda justificada. Desde que el derecho ha establecido una jerarquía entre los bienes jurídicos, asignando a unos preponderancia sobre otros o mayor valor que a otros, queda establecida entre ellos una preferencia que permite señalar, en caso de conflicto, como conducta ajustada a sus normas, aquella que tiende a la conservación del bien jurídico preponderante”. Cfr. también García, *op. cit.*, pp. 83 ss.; Couso, *op. cit.*, pp. 234-235; y Acosta, *op. cit.*, p. 693; Vargas, *op. cit.*, pp. 756 ss. Críticos respecto de tratamientos similares en la literatura en lengua alemana, Merkel, *op. cit.*, p. 179 y Frisch, *op. cit.*, p. 438.

³¹ Explícito por ejemplo en Santibáñez y Vargas, *op. cit.*, p. 198 nota 20. Véase también las referencias en nota 22.

³² Similar Renzikowski, J., *Notwehr und Notstand*, Duncker Humblot, Berlín, 1994, p. 42 y 202 ss.; y Frisch, *op. cit.*, p. 438.

³³ Con mayor detalle respecto de las relaciones entre derecho y utilitarismo Meißner, *op. cit.*, pp. 107-112.

bien de menor valor tiene que encontrarse moralmente mandada³⁴. La literatura chilena parece, de esta forma, favorecer una interpretación utilitarista del estado de necesidad justificante. Ello corresponde en parte a la doctrina mayoritaria alemana al momento de la imposición de la teoría de la diferenciación –la llamada teoría de la ponderación de bienes–³⁵, como a una interpretación posible de la interpretación favorecida por la doctrina hasta hace poco dominante en Alemania –la llamada teoría de la ponderación total de intereses–³⁶.

La interpretación utilitarista del estado de necesidad puede ser criticada por múltiples razones³⁷. Típicamente se critican los resultados absurdos a los que el utilitarismo debiera conducir. Ya que el punto de vista decisivo en cualquier interpretación utilitarista es el punto de vista de la comunidad, el bienestar individual debiera poder siempre ser sacrificado cuando ello repercute en mayor medida en el bienestar social: si se trata de alcanzar el mayor bienestar de la mayor cantidad de personas, el bienestar personal solo puede jugar un rol mediato y condicionado³⁸. Dicho de otra forma: una interpretación utilitarista del estado de necesidad no tiene capacidad de controlarse y limitarse a sí misma³⁹.

³⁴ Consistente Meißner, *op. cit.*, pp. 173 ss., quien considera al estado de necesidad como un mandato de minimización de daños sociales. Claro en p. 176: “La estructura material de la agresión en estado de necesidad como justificación se deriva de necesidad social (...)”.

³⁵ La teoría de la ponderación de bienes no es más que la expresión de un utilitarismo moral referido al estado de necesidad: en situaciones en que dos bienes no pueden coexistir, tiene que elegirse el bien de mayor valor. Al respecto en detalle, Pawlik, *op. cit.*, pp. 34-37. Véase también Hatzung, *op. cit.*, pp. 134 ss.; Kühnbach, *op. cit.*, pp. 38 ss. y Meißner, *op. cit.*, pp. 99 ss. y 111-112.

³⁶ La teoría de la ponderación total de intereses se construye sobre una ambigüedad en el otorgamiento de contenido al principio del interés preponderante. En parte, la idea del interés preponderante es expresiva de una tautología en la teoría de la ponderación total de intereses de Lenckner y quienes lo han seguido: la acción preferible debe ser preferida, lo que debe ser determinado por consideración de todo lo que debe ser considerado. En ocasiones, sin embargo, sus partidarios tienden a expresar esto como aplicación de la idea del “mal menor”, lo que parece ser expresivo de una interpretación utilitarista. Como la construcción es, en cualquier caso, principalmente formal, ello tiende a no ser reconocido. Una interpretación explícitamente utilitarista es defendida, en cambio, por algunos opositores a la idea del interés preponderante. En detalle, a partir de la diferencia entre utilitarismo de actos y utilitarismo de reglas, Meißner, *op. cit.*, pp. 173 ss. Similar Hruschka, J., “Rettungspflichten in Notstandssituationen”, en *Juristische Schulung* 1979, pp. 388-390 y Joerden, “§ 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1991, pp. 412 ss. Las dificultades de una interpretación utilitarista del estado de necesidad en el derecho alemán pueden ser apreciadas sencillamente ya en el hecho que cuestiones cruciales como la cláusula de considerabilidad en la preponderancia (“Wesentlichkeit”) tiene que ser designada por ellos como un “compromiso” o como una ejecución no rigurosa de aquello que debiera ser. Con razón, tanto la interpretación utilitarista directa como la teoría del interés preponderante han tendido a verse desplazados por la teoría actualmente dominante, a saber, que el estado de necesidad justificante se encontraría justificado por aplicación de un principio de solidaridad.

³⁷ Para una crítica general al utilitarismo, véase Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1979, pp. 40-52.

³⁸ Así, por ejemplo, Kühl, *Zur rechtsphilosophischen...*, *op. cit.*, p. 154.

³⁹ Véase solo Pawlik, *op. cit.*, pp. 37 ss.

Mucho más relevante que la clásica *reductio ad absurdum* del utilitarismo es la ajenidad de la aplicación directa del utilitarismo clásico respecto de la idea del derecho moderno⁴⁰. El derecho moderno no se entiende a sí mismo como una fuerza coactiva cuyo objeto sea maximizar el bienestar general en construcción de un sujeto colectivo, sino como fuerza coactiva en la concesión y protección de autonomía⁴¹, la que precisamente por ello se encuentra construida sobre un momento absoluto, formalizados en posiciones jurídicas de relativa intangibilidad⁴². En la resolución de un caso jurídico, el juez no se pregunta (¡o al menos no debe preguntarse!) por la forma en la que este puede maximizar el bienestar general al resolver el caso, sino simplemente quién tiene una pretensión reconocida y protegida por el derecho. Las consecuencias de un ordenamiento jurídico constituido sobre la aplicación directa del principio de utilidad nos son, en cambio, completamente extrañas. El derecho, particularmente cuando se analiza desde el punto de vista de la jurisdicción, puede ser representado con cierta plausibilidad como un instrumento de protección del *statu quo*. Las consecuencias transformadoras radicales que tendría la aplicación directa del principio de utilidad ya fueron, en cambio, reconocidas por el gran utilitarista clásico, Jeremy Bentham. Si la sociedad exigiera la realización de todas las acciones que inmediatamente tendieran a maximizar el bienestar general, entonces todas aquellas acciones que condujeran a algo así como absoluta igualdad material debieran ser exigidas⁴³. Esto es una consecuencia de la teoría de la utilidad marginal. De acuerdo con la teoría de la utilidad marginal, el bienestar general se ve por definición incrementado cuando bienes que integran un patrimonio extenso son traspasados a un patrimonio reducido⁴⁴. Por definición, el titular del gran patrimonio tiene que sufrir

⁴⁰ Así también Pawlik, *op. cit.*, pp. 39 ss.; Merkel, *op. cit.*, pp. 178 ss.; NK-Neumann, § 34 nota al margen 7-8; Köhler, M., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín-Heidelberg, 1997, pp. 282-283; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil, op. cit.*, §8 nota al margen 8-10; Küper, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁴¹ De acuerdo con Renzikowski, *Notstand und Notwehr, op. cit.*, pp. 203 s., “una disposición que mande a reducir los daños constituiría una ruptura sistemática en nuestro ordenamiento jurídico”. Similar Engländer, *op. cit.*, p. 20: “ella [la concepción utilitarista] no es conciliable con un ordenamiento jurídico que se considere un ordenamiento de libertades”.

⁴² Cfr. Rawls, *op. cit.*, p. 46, cuya primera “contraposición” entre su representación de la justicia y aquella del utilitarismo se refiere a la prohibición de lesión de los miembros de la comunidad; sería inconciliable con la justicia el que las pérdidas de libertad de unos puedan ser compensadas con las ganancias de otros.

⁴³ Véase Bentham, J., *Theory of Legislation (Principes de législation und Traité de législation, civile et pénale)*, Londres, 1914, pp. 134 ss. Aunque Bentham advirtió claramente las consecuencias radicales a las que parecía llevar su postura, este intentó explícitamente combatir dichas consecuencias (pp. 157 ss.). El argumento es conocido y tiende a ser retomado por quien quiera que pretenda defender la propiedad y el patrimonio, pese a tener intuiciones morales utilitaristas. Cualquier forma de seguridad se encontraría en peligro en caso que fuera exigible jurídicamente realizar redistribuciones de patrimonio; la idea misma de propiedad no se encontraría asegurada de darse un estado de esta clase. Con ello, el bienestar general disminuiría si el derecho exigiera realizar estas redistribuciones. La propiedad sería la base de nuestra riqueza, la seguridad la condición mínima de cualquier forma de bienestar. La igualdad solo podría, por ello, ser considerada como un ideal moral a ser exigido. Algo más que esto —es decir, su exigencia coactiva—, solo sería una peligrosa quimera.

⁴⁴ En la filosofía política actual se sigue discutiendo si la realización de estas redistribuciones, que maximizarían el bienestar general, se encuentran en realidad moralmente mandadas. Véase, por ejemplo,

una disminución menor de su bienestar que la ganancia en bienestar que se produce en el titular del pequeño patrimonio. Al extremo, toda redistribución de bienes desde patrimonios mayores a patrimonios menores es una ganancia en bienestar hasta que se produzca relativa igualdad material de riqueza. El derecho, en particular en situación de aplicación jurisdiccional, no incentiva en caso alguno redistribuciones de esta clase⁴⁵. Al contrario, el derecho tiene pretensiones de proteger frente a ellas: el hurto, la apropiación indebida y otras formas de acciones que implican apropiación de bienes ajenos se encuentran prohibidas y penalizadas, con independencia de la comparación entre el bienestar teóricamente perdido y el bienestar teóricamente ganado mediante la acción. Un utilitarismo directo de esta clase no es, por ello, utilizado prácticamente por nadie para llevar a cabo una descripción correcta del derecho.

Con ello, todo utilitarista jurídico tiene que encontrar estructuras argumentativas de mediación para poder ser mínimamente verosímil. El derecho sería un instrumento indirecto, mediador, del principio de utilidad. Precisamente para incentivar el bienestar general, el derecho tendría que reconocer un principio base de ceguera absoluta frente a su propia función. Esta idea, la que ya puede encontrarse en Bentham, es expresiva de un utilitarismo indirecto⁴⁶.

Hare, R., "Justice and Equality", en el mismo, *Essays on political morality*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 194-196. Lo notable en la argumentación de Hare es la utilización del mismo argumento que Bentham había utilizado para negar la exigibilidad moral y jurídica de las redistribuciones, para limitar las consecuencias radicales que se seguirían de una aceptación incondicionada del mandato moral de la redistribución. A pesar de describirse a sí mismo como un "formalista", la determinación de la exigibilidad moral de las redistribuciones es analizada por Hare exclusivamente a partir de la comparación "empírica" de la maximización actual del bienestar general (por consideraciones de utilidad marginal) frente a las limitaciones que indirectamente se producirían (por desincentivo). Esto es el utilitarismo: una combinación de un consecuencialismo material y una interpretación de la idea de igualdad, de acuerdo con ello, esta llevaría necesariamente a adoptar un punto de vista colectivista en la valoración de estados de cosas y acciones. A partir de esta comparación, Hare concluye que la teoría de la utilidad marginal permitiría legitimar medidas redistributivas limitadas. Esa "limitación" en la legitimación la deduce Hare de la existencia de supuestas consecuencias negativas que se producirían sin la limitación. Es decir, exactamente el argumento de Bentham: la redistribución se encuentra en principio mandada moralmente, pero en la práctica dicho mandato sería dudoso. Crítico respecto de Hare, Kymlicka, W., *Politische Philosophie heute*, Campus Verlag, Fráncfort del Meno, 1997, pp. 48-50.

⁴⁵ Una representación plástica de este argumento en la discusión sobre el fundamento del estado de necesidad puede encontrarse en Puppe, I., *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Edición, Nomos, Baden-Baden, 2011, § 13 nota al margen 1: "Esto [la preponderancia considerable] no puede bastar por sí mismo para legitimar la irrupción en el patrimonio de un sujeto que se encuentra completamente no implicado en la producción del peligro. De otra forma habríamos introducido una suerte de comunismo general, de acuerdo con esto, cada bien jurídico ajeno puede ser siempre utilizado si este es claramente más necesitado por el agente que por su titular". Por cierto, Puppe menosprecia la capacidad que tiene una interpretación no utilitarista del estado de necesidad de controlar la aplicación directa de este, sin necesidad de introducir un control externo por una cláusula de adecuación. Como crítica a una interpretación utilitarista directa, su descripción es en cualquier caso correcta. Similar NK-Neumann, § 34 nota al margen 8.

⁴⁶ Una forma de limitación alternativa de las consecuencias absurdas que se seguiría de interpretar el estado de necesidad justificante como aplicación directa del principio de utilidad, ha sido defendida por Joerden, *op. cit.*, p 415. De acuerdo con Joerden, el § 34 segunda frase del StGB debiera ser considerado como una "corrección" de los resultados que se siguen de la aplicación del principio de utilidad según al

La pretensión argumentativa del utilitarismo indirecto puede apreciarse mejor cuando se la considera en el contexto de otra aplicación pretendida de este, a saber, en la justificación de la pena. Como es sabido, el utilitarismo parte de la base que el castigo penal solo tiene por fin prevenir la comisión de delitos futuros para, de esta forma, proteger al bienestar general frente a la disminución ocasionada por el delito. Mientras menos delitos sean cometidos, el bienestar general se vería afectado en menor medida. Típicamente se critica al utilitarismo que, bajo determinadas condiciones, este debiera exigir el castigo de inocentes. La afectación del bienestar individual del inocente sería en muchos casos menor al incremento (o a la prevención en la disminución) del bienestar general. Una respuesta plausible a esta tradicional reducción al absurdo fue entregada en una contribución temprana de Rawls, posteriormente crítico constante del utilitarismo moral. Como ejemplo de la necesidad de distinguir entre la justificación de una práctica y la justificación de una acción en la práctica, Rawls argumentó que el castigo del inocente debiera estar prohibido precisamente por razones utilitaristas. De saberse o de poder saberse que inocentes son castigados, el sentimiento personal de seguridad, así como el sentimiento personal de justicia, se vería defraudado en la población⁴⁷. Ello haría que el bienestar general se viera negativamente afectado. Para evitar esta afectación, el Estado debiera reconocer un principio general de ceguera frente al principio que justifica la práctica del castigo. Esto es: el fundamento de la pena seguiría siendo, por cierto, el principio de utilidad, pero su aplicación directa en la práctica debiera ser prohibida precisamente por aplicación del mismo. El principio de culpabilidad (*retributive principle*) se dejaría de esta forma fundamentar utilitaristamente.

No es relevante aquí evaluar el poder de convicción del argumento de Rawls. Solo es relevante el reconocimiento de la necesidad de un principio de ceguera aún para quien sostenga una interpretación utilitarista del derecho. En otras palabras: jurídicamente solo es mínimamente convincente un utilitarismo indirecto⁴⁸. Pese a ello, de acuerdo con la interpretación utilitarista del estado de necesidad/del principio del interés preponderante, el estado de necesidad justificante sería una institución que permite la aplicación excepcional directa del principio de utilidad. Pero si el derecho prohíbe la aplicación directa del principio de utilidad, ¿por qué está esta permitida en casos de necesidad?

La única respuesta posible es considerar que *la necesidad* explica esta consideración excepcional. La necesidad transformaría la mediación indirecta del principio de utilidad en una aplicación directa de este⁴⁹. Esta respuesta parece ser, a primera vista, plausible. Si el principio de utilidad solo tiene aplicación directa en situaciones de necesidad,

§ 34 StGB primera frase. La cláusula de adecuación sería la expresión de la exigencia de un mandato de generalización. Con independencia de que tras la interpretación de Joerden se vea una fundamentación completa del estado de necesidad o dos partes de una fundamentación sin unidad entre sí, puede apreciarse abiertamente que una teoría que requiere de un principio de limitación tan extenso es sospechosa de tener problemas serios en sus fundamentos.

⁴⁷ Rawls, J., "Two concepts of rules", en *The Philosophical Review*, Vol. 64 N° 1 (Jan. 1955), pp. 10-12.

⁴⁸ Cfr. Kymlicka, *op. cit.*, pp. 37-39.

⁴⁹ Correctamente Meißner, *op. cit.*, pp. 189 ss.

entonces la seguridad personal no se encontraría generalmente en peligro de la forma en que Bentham se lo representaba al considerar la aplicación directa del principio de utilidad para justificar redistribuciones. La plausibilidad aparente de esta solución desaparece, sin embargo, si se la considera de cerca. Si el Estado asegura a los ciudadanos la intangibilidad de su propia esfera de autonomía, no puede ser explicado por qué en situaciones de necesidad dicho aseguramiento no tiene lugar. La pregunta del afectado –¿por qué yo soy utilizado por otro para superar su propia necesidad?– difícilmente se deja responder sin más con un “para el bienestar general de la sociedad”. ¿Qué hay en la necesidad que permita sacrificar no solo autonomía ajena, sino la seguridad, cuya función sería precisamente permitir del todo el bienestar?

Los problemas de la construcción son todavía más profundos. Bajo una interpretación utilitarista indirecta del estado de necesidad, la configuración del derecho a partir de un momento absoluto de seguridad permitiría cumplir con la esencia del derecho, a saber, incentivar el bien común. La mediación indirecta de la maximización del bienestar general se vería, de esta forma, traicionada en situaciones de necesidad. En ellas, el derecho recobraría su forma y función verdadera; fin y medio dejarían de ser distinguibles y se integrarían como unidad. Si el derecho solo recobrara su verdadera esencia en situaciones de necesidad, es difícil pensar institucionalmente que este pueda autolimitarse en el reconocimiento de las situaciones de necesidad. El estado de necesidad no sería ninguna excepción a la configuración general del derecho, sino que, al revés, todas las demás instituciones serían excepciones a su esencia real. Que el derecho se limite a aplicar su propia esencia, no parece ser una asunción institucional adecuada. Al revés: al final, toda acción que pueda ser vista como útil, podría ser interpretada como acción de necesidad y, por ello, como derecho de necesidad⁵⁰.

El derecho es incompatible con una representación general de esta clase. Esta es precisamente la razón por la que la teoría del interés preponderante tiende a formalizarse o a adoptar argumentaciones *ad hoc*, como recurrir al interés del Estado o del derecho para moderar sus conclusiones. Después de todo, la versión dominante de la teoría del interés preponderante –la teoría de la ponderación total de intereses– es una reacción crítica a la mucho más directamente utilitarista teoría de la ponderación de bienes⁵¹. Pero de no estar vinculada al utilitarismo, el principio del interés preponderante no parece ofrecer como fundamento del estado de necesidad justificante más que una tautología: el derecho debe preferir aquello que debe ser preferido. La teoría del interés preponderante se construye sobre esta ambigüedad: en oportunidades parece ser expresiva de un

⁵⁰ En la literatura chilena, la fundamentación utilitarista del estado de necesidad justificante es además abiertamente incompatible con la denegación de un derecho de indemnización al titular del bien afectado por la acción de necesidad. Ello no puedo tratarlo en detalle aquí, sino que pretendo mostrar en un artículo especial los problemas de la literatura chilena con la indemnización en estado de necesidad en un artículo sobre el tema.

⁵¹ Explicito SSK-Lenckner/Steinberg-Liebeln, Vorbem. §§ 32 ff. nota al margen. 7: “la concesión de intereses preponderantes no debe ser directamente considerada equivalente a la protección de bienes de mayor cuantía, ya que las tendencias positivas y negativas de preferencia en caso de conflicto de intereses no se deducen solo del valor abstracto de los bienes involucrados, sino que involucra numerosos elementos ulteriores”.

utilitarismo jurídico, cuando la cuestión se torna complicada, se declara simplemente expresiva de “máximas formales”⁵².

La teoría del interés preponderante tampoco es sistemáticamente sostenible. La consecuencia sistemática más relevante de la teoría del interés preponderante es tratar a todas las causas de justificación generales (con excepción del consentimiento y del consentimiento presunto, de ser sistematizados como causas de justificación) como expresivas del principio del interés preponderante y, con ello, especiales frente a la causa de justificación que declara la justificación de la acción que favorece el interés preponderante, es decir, el estado de necesidad agresivo⁵³. Ya que las causas de justificación constituirían exclusivamente reglas de solución de conflictos de intereses, la única regla que reconocería el sistema al respecto sería la regla de preferencia del interés preponderante⁵⁴. Explicado en términos normativos: la norma de todas las causas de justificación sería la misma, a saber, las acciones que favorezcan el interés preponderante deben ser soportadas. Todas las reglas que tematizan causas de justificación no constituirían verdaderas normas de comportamientos, sino que serían normas de valoración de intereses en distintas situaciones. Así, podrían reconocerse dos métodos generales de valoración de intereses. O bien la situación no se encuentra regulada por reglas especiales de valoración de intereses —esta sería la situación del estado de necesidad agresivo—, o bien la situación internaliza reglas especiales de valoración de intereses —ese sería el caso de la legítima defensa y de otras justificaciones especiales—. En ausencia de valoraciones especiales, toda situación se dejaría resolver bajo valoración directa del juez. Pero en las otras causas de justificación sucedería exactamente lo mismo: “Las causas de justificación no se distinguen, por ello, en sus principios, sino solo en su presupuesto de aplicación (círculo de intereses a ser considerados) y la medida de la ponderación”⁵⁵.

No es necesario dar cuenta de la imposibilidad de aplicar esta extraña conclusión al derecho chileno, en el que el artículo 10 número 7 CP limita el estado de necesidad agresivo a la afectación de propiedad ajena (a diferencia del § 34 StGB, el que precisamente se encuentra en el origen del desarrollo de una interpretación sistemática —errada— del principio del interés preponderante), y en el que el nuevo artículo 10 número 11 CP invierte la estructura de valoración que es necesaria a la construcción de una causa de justificación general en proporción al principio del interés preponderante. De ser en

⁵² SSK-Lenckner/Steinberg-Liebeln, Vorbem. §§ 32 ff. nota al margen 7.

⁵³ En todo Seelmann, K., *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtsfertigungsgründen*, Von Decker, Heidelberg-Hamburgo, 1978, pp. 32-35. Así también Lenckner, T., “Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1985, pp. 306-307; Roxin, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 4. Edición, Beck, Múnich, 2006, § 14 nota al margen 43; MK-Schlehofer, Vor §§ 32 Rn. 58-59; NK-Paeffgen, Vor §§ 32 Rn. 46; Momsen, C., en Von Heintschel-Heinegg, B. (Ed.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck, Múnich, 2010, § 32 Rn. 8; Stratenwerth, G. y Kuhlen, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Edición, Beck, Múnich, 2011, § 9 nota al margen 102; Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Edición, Walter de Gruyter, Berlín, 2004, § 8 nota al margen 8; Günther, H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafausschluss*, Walter de Gruyter, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1983, pp. 326-330.

⁵⁴ Lenckner, “Der Grundsatz...”, *op. cit.*, pp. 305-306.

⁵⁵ Momsen, *op. cit.*, § 32 Rn. 8.

abstracto sistemáticamente correcta la ordenación que se deduce del principio del interés preponderante, estado de necesidad agresivo, estado de necesidad defensivo y legítima defensa debieran ser coincidentes en su estructura, valoración y fundamentos, y solo variar en sus presupuestos de aplicación (en la definición de la situación de necesidad)⁵⁶. Esto es claramente errado. No solo los críticos de la teoría del interés preponderante reconocen distintos fundamentos respecto de estas causas de justificación, sino que los mismos representantes de la teoría del interés preponderante postulan la existencia de distintos principios “materiales” subyacentes a cada caso. La asunción heurística respecto de la generalidad del estado de necesidad agresivo, el centro de la teoría del interés preponderante, aparece incluso en sus propios trabajos como materialmente errada. Es solo una consecuencia de una sistematización que solo se deja llevar a cabo bajo formalización completa y que, por ello, no tiene consecuencias.

5. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE Y SOLIDARIDAD JURÍDICA

La interpretación utilitarista del estado de necesidad se encuentra, por ello, condenada al fracaso. El intento de presentar al estado de necesidad como una verdadera regla “ortodoxa” se contrapone a la estructura del derecho y a la posibilidad de reconocer limitaciones razonables a este⁵⁷. Al contrario: una interpretación con pretensiones sistemáticas del estado de necesidad tiene que reconocer la ajenidad del estado de necesidad y, a partir de ese reconocimiento, intentar aclarar las razones de su legitimidad.

Las teorías que tienden a agruparse bajo la palabra clave “solidaridad” –hoy dominantes en Alemania– se dejan caracterizar precisamente en relación con el reconocimiento de una contradicción al menos aparente entre el principio central del derecho, a saber, el reconocimiento y protección de esferas de autonomía individual (principio de autonomía), y el principio de justificación del estado de necesidad –la “solidaridad”⁵⁸–. Aquello que

⁵⁶ Acertadamente críticos Frisch, *op. cit.*, p. 427; Zimmermann, T., *Rettungstötungen*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 172-174; NK-Kindhäuser, § 32 nota al margen 18; Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 nota al margen 7; NK-Neumann, § 34 notas al margen 12-13; Frister, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Edición, Becks, Múnich, 2011, 17. Kapitel, Rn. 21.

⁵⁷ Al respecto en detalle, Pawlik, *op. cit.*, pp. 37-39 y 42-45; Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, *op. cit.*, pp. 202 ss.

⁵⁸ Es errado deducir la existencia de una oposición entre la idea de solidaridad y el principio de utilidad como base de la filosofía moral, a partir de la oposición entre justificación utilitarista y justificación por solidaridad del estado de necesidad. El utilitarismo debe parte de su poder de convencimiento intuitivo a la representación de la solidaridad. La igualdad de valor de mis intereses y de los intereses de todo otro sujeto, lo que se encuentra en la base del utilitarismo como teoría de la justicia, no puede ser justificado sin asumir una especie de principio altruista que bien puede llamarse “principio de solidaridad”. Esto es, solo si existen deberes generales de solidaridad con la comunidad o con la humanidad, puede justificarse la imposición de obligaciones completamente desinteresadas como tiene que exigir el utilitarismo. Ya Bentham y J.S. Mill advirtieron este vínculo (al respecto Bayertz, “Begriff und Problem der Solidarität”, en Bayertz (Ed.), *Solidarität: Begriff und Problem*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1998, pp. 16-17). La famosa afirmación de Mill respecto de que el utilitarismo sería la verdadera interpretación moral del cristianismo, tiene sus fundamentos en este vínculo entre utilitarismo y solidaridad. Hasta hoy, los utilitaristas siguen manteniendo esa pretensión de vínculo (véase Kymlicka, *op. cit.*, p. 40). La representación popular, respecto de que el “egoísta” utilitarismo

permite agrupar a todas estas teorías es, de esta forma, su punto de partida: la solidaridad designa la ajenidad, la heterodoxia del estado de necesidad (agresivo) justificante y de instituciones hermanas como, ante todo, la omisión de socorro, en el contexto general del derecho moderno. Ello hace que el concepto de solidaridad cumpla dos funciones. Por una parte, en tanto concepto negativo, da cuenta de la posición axiológica-sistemática de las instituciones determinadas por este (en materia penal ante todo estado de necesidad y omisión de socorro): son excepciones a la estructura general del derecho derivada de una comprensión individual de la autonomía. Al mismo tiempo, el concepto de solidaridad cumple una función de fundamentación en sentido estricto: este sirve para designar el conjunto de razones que fundamentan el reconocimiento de excepciones a la estructuración formal general del derecho en las condiciones fijadas por el estado de necesidad. En lo primero, es decir, en la caracterización de la posición sistemática del principio de solidaridad, todas las teorías de la solidaridad son congruentes entre sí. En cambio, en la fundamentación normativa de la necesidad del reconocimiento de esas excepciones existe un grado importante de disimilitud entre ellas. Tres tipos de teorías pueden ser distinguidas al respecto: teorías valorativo-positivas (las que, como se verá, pueden por ella designarse como “decisionistas”), teorías contractualistas y teorías comunitaristas o institucionalistas.

En el primer caso la solidaridad es calificada como una decisión del ordenamiento jurídico, esto es, como una forma de valoración de estados de cosas cuya fundamentación viene dada en parte por su bondad axiológica inmanente, pero cuya fundamentación solo tiene lugar de forma completa con su reconocimiento positivo. La solidaridad constituiría así una excepción general al principio de la autosuficiencia del individuo⁵⁹ fundado en “una decisión valorativa que no puede ser deducida de ningún otro principio”⁶⁰. Problemático en esta forma de fundamentación es, en primer lugar, una relativa falta de claridad respecto de qué es aquello que es valorado positivamente. La solidaridad podría designar aquí, por una

no podría ser conciliado con exigencias mínimas de solidaridad, es materialmente incorrecta. Ello implica que la diferencia entre teoría utilitaria del estado de necesidad y teoría de solidaridad del estado de necesidad se encuentra, en realidad, constituida de forma inversa a aquello que tiende a ser asumido intuitivamente. Las interpretaciones utilitaristas del estado de necesidad tienen que partir de la existencia de una obligación de solidaridad; el estado de necesidad es simplemente una aplicación personalizada de este principio. Las teorías de la solidaridad asumen, en cambio, que el derecho se encuentra egoístamente (o individualistamente o liberalmente) orientado y que esa orientación es interrumpida por el estado de necesidad.

⁵⁹ Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, *op. cit.*, pp. 188 ss.

⁶⁰ Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, p. 197. Similar NK-Neumann, § 34 notas al margen 9-11; el mismo, “Die rechtsethische Begründung des ‚rechtfertigenden Notstands‘ auf der Basis von Utilitarismus, Solidarität S. 175-200.in Notstandssituationen, gkeit - Grundlagen faden, 2013, S. 49-60.ndlagenforschung, ARSP Beiheft 104, Stuttgart, 200ätsprinzip und Loyalitätsprinzip”, en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 164 ss.; MK-Erb, § 34 nota al margen 8; Kindhäuser, U., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Edición, Nomos, Baden-Baden, 2011, § 17 nota al margen 10. Más lejos Köhler, *op. cit.*, pp. 284-285 y Kleszczewski, D., “Ein zweischneidiges Recht - Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem vorpositiven System der Erlaubnissätze”, en Zaczyk/Köhler/Kahlo (Eds.), *Festschrift für E.A. Wolff*, Springer, Berlín-Heidelberg, 1998, p. 243.

parte, el estado de cosas cuya realización depende en parte de la imposición de obligaciones que tengan la estructura de las obligaciones de solidaridad y que justificaría la imposición de esas obligaciones; pero puede a su vez designar a la obligación misma, en cuyo caso la fundamentación es circular. La falta de claridad respecto de qué constituye ese “estado de cosas deseable” e incluso la estructura circular de autojustificación de las obligaciones es, por supuesto, irrelevante, si la cuestión se deja plausiblemente designar como decisión legislativa relativa a la construcción de un tipo –por abstracto que sea– de sociedad. No es de extrañar, por ello, que esta forma de fundamentación haya resultado poco problemática durante el auge del estado de bienestar y entre académicos pertenecientes a generaciones que vivieron buena parte de su carrera durante ese auge y que, por lo mismo, haya parecido crecientemente insuficiente con las limitaciones al estado de bienestar desde la década de los noventa. En un ordenamiento jurídico como el chileno, en el que la calificación del Estado como “solidario” simplemente no puede tener lugar, una fundamentación de esta clase de los deberes de solidaridad resulta inverosímil.

El auge de las llamadas teorías contractualistas de la solidaridad⁶¹ se deja explicar en este contexto de crisis del Estado de bienestar; precisamente por ello, parece particularmente interesante para sociedades que, pese a no poseer un Estado que preste contribuciones universales, integren obligaciones de solidaridad particulares. Las teorías contractualistas de la solidaridad permiten presentar a la introducción de obligaciones de solidaridad como decisión que no constituye una mera realización de valores políticos abstractos, sino que se deja designar y justificar como ganancia individual. La obligación de soportar una injerencia en su propia esfera de autonomía sin responsabilidad por el peligro ajeno tendría lugar por una especie de acuerdo racional sobre manejo de peligros: sería racional aceptar que otros hagan uso de autonomía propia en caso de necesidad, ya que no es posible saber de antemano quién va a quedar en situación de necesidad en el futuro. El estado de necesidad se dejaría justificar de forma similar a los seguros: la contribución actual parece ser ciertamente una carga, pero esa carga permite en un futuro hipotético evitar (o compensar) la producción de daños mucho mayores propios. Una consideración diacrónica y dilatada de los intereses propios y no solo ajenos permitiría así fundamentar la inclusión de una excepción a la intangibilidad de la propia autonomía. Con ello, la fundamentación contractualista permitiría superar los problemas de sus dos rivales principales: por una parte, la asunción de un punto de vista individual haría inaplicables las críticas respecto del colectivismo que supondría una institución de este tipo, aplicables ante todo a las fundamentaciones utilitaristas, pero al mismo tiempo

⁶¹ La designación como teorías contractualistas puede encontrarse en Merkel, *op. cit.*, pp. 182-186; Zimmermann, *op. cit.*, pp. 48-51; Frisch, *op. cit.*, p. 439; Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 nota al margen, 3; él mismo, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008, pp. 92 ss.; él mismo, “Die Anwendbarkeit von § 34 StGB...”, *op. cit.*, pp. 20-21; Coninx, *op. cit.*, pp. 14-15 y 22 ss. y Saliger, F., “Kontraktualistische Solidarität: Argumente des gegenseitigen Vorteils”, en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, pp. 64 ss. Esta estrategia argumentativa, la que pretende integrar a los deberes de solidaridad como concesiones recíprocas de mutuo beneficio en una sociedad, aparece como la teoría de la solidaridad más extendida en la dogmática penal alemana actual.

carecería de la abstracción que caracterizaría al modelo de legitimación valorativo. Pese a ello, la analogía con los seguros es decidora de los problemas que presenta, en su propia lógica, una estructura de fundamentación de esta clase. Un pacto de aseguramiento recíproco resulta igualmente beneficioso para todos y debiera, por ello, ser asumido por todo actor racional solo si el riesgo de realización de peligro es proporcional a la contribución realizada. Los seguros precisamente integran en la determinación de la prima el riesgo del asegurado: mientras menor sea el riesgo de que se realice el peligro asegurado, menor es la contribución que debiera encontrarse dispuesto a asumir un agente racional. Esto tiene, por supuesto, algo de perverso —el sano debe pagar menos que el enfermo—, pero ello es irrelevante para esta estructura de fundamentación, ya que esta asume por premisa que un fundamento solo puede encontrarse allí donde aquello que tiene que justificarse puede presentarse como universalmente deseable por todos los individuos implicados reconstruidos como agentes racionales. Los deberes universales de solidaridad particular, en cambio, no tienen variaciones similares respecto de la contribución de los supuestos contratantes recíprocos. Es más, la cuestión resulta en los hechos más bien al revés que en el caso de los seguros: los ricos tienen menos posibilidades de caer en situación de necesidad, ya que siempre podrán echar mano a sus bienes —y tienen, al mismo tiempo, más bienes que poner a disposiciones de quienes no son ricos, por lo que se da la estructura inversa a la de las situaciones de seguros: el que tiene menor riesgo contribuye en abstracto en mayor medida—. La idea de que todo contratante racional debiera prestar su consentimiento a la incorporación de instituciones como el estado de necesidad agresivo puede, de esta forma, ser mirada con suspicacia. Con ello, no es necesario dar cuenta de las debilidades de la teoría de la justicia o de la libertad que subyace a la figura de los agentes racionales en la forma para dudar del poder de convencimiento de la variable contractualista de las teorías de la solidaridad.

La tercera variante asume una estructura de fundamentación derivada. Al igual que la primera variante, ella asume que el Estado se encuentra obligado a permitir superar las situaciones de necesidad de sus ciudadanos. Esta obligación, que mirada naturalmente implica a todos los integrantes de la sociedad en cuestión, se realiza institucionalmente: la necesidad propia no admite, en principio, ser superada mediante la utilización directa de bienes de otro ciudadano, ya que ello impediría el mantenimiento de una ordenación abstracta de ámbitos de autonomía, sino que se formalizan en instituciones estatales de quienes sí pueden exigirse esas prestaciones. Con ello, la contribución a la superación de necesidad ajena se da por prestaciones relativas a la creación y soporte de esas instituciones, y no en cambio con prestaciones directas. El reconocimiento de obligaciones individuales de solidaridad constituye una excepción a esta organización institucional: ante ausencia del Estado (o, lo que es lo mismo, ante la obligación de que la necesidad sea superada por utilización de los bienes del afectado), el ordenamiento jurídico delega la obligación originalmente estatal en el afectado⁶². Por supuesto, descrito de esta forma,

⁶² Pawlik, *op. cit.*, pp. 105-111; siguiéndolo Jakobs, *Rechtswang und Personalität*, Schöningh, Paderborn, 2008, pp. 18-20; él mismo, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 2012, pp. 47-50; Ladiges, *op. cit.*, pp. 409-410; Meyer, "Ausschluss strafrechtlicher Verantwortung bei

la fundamentación institucionalista va poco más allá de reiterar la posición sistemática de las obligaciones de solidaridad; ella entrega por cierto una descripción más precisa de esta, pero parece no cumplir con la función de fundamentación en sentido estricto del concepto de solidaridad. Esta apariencia es, sin embargo, engañosa. De lo que se trata es precisamente de dar cuenta de la justificación perentoria de la integración de contribuciones solidarias en el Estado como parte de su ordenación a la realización de un estado de libertad. Que su forma primaria de realización sea institucional tiene una justificación, pero ello no impide que la imposición excepcional de obligaciones directas de solidaridad sea justificable exactamente de la misma forma, a saber, como forma de realización de libertad. Esto puede ser entendido de mejor modo al revisar, al final del presente artículo, la forma que toma el conflicto de necesidad entendido de esta manera (6).

Pese a su variedad, todas estas teorías se dejan agrupar bajo el concepto de solidaridad, en la medida en que este simplemente pone de manifiesto los problemas de legitimación del estado de necesidad en general y, a partir de ello, la necesidad de superación de este conflicto⁶³. La discusión en relación con el concepto de solidaridad correcto es, por ello, una disputa de familia. La característica central de las teorías de la solidaridad no es expresada por el concepto de solidaridad, sino antes por el concepto que metodológicamente se contrapone como su contrario, a saber, el concepto de autonomía formal. Todas las teorías de la solidaridad tienen que partir de la base que el derecho otorga primariamente ámbitos formalizados de autonomía. Solidaridad es el nombre que se le da a las condiciones bajo las cuales una excepción a las consecuencias que se siguen de ellos deben ser reconocidas. Dicho de otra forma: la función sistemática del concepto de solidaridad es primaria; la función de fundamentación solo puede ser siquiera entendida asumida que sea su función sistemática.

La disputa de familia no debe, por ello, ser exagerada. Desde un punto de vista sistemático-penal, la discusión trata de nada más, pero de nada menos, que del concepto de libertad que subyace a las teorías de la justicia bajo las cuales se defiende un concepto determinado de solidaridad. Ello permite agruparlas en dos tipos de teorías de la solidaridad: teorías liberales-contractualistas y teorías sociales de la solidaridad. Por cierto, ambos grupos admiten ser divididos más allá de esto. Pero la distinción crucial entre contractualistas, quienes intuitivamente asumen un concepto negativo-político de libertad y por ello deben tematizar a la solidaridad como una concesión o excepción

Handeln auf Weisung", in *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2012, p. 569; Kühnbach, *op. cit.*, pp. 227 ss. Similar Haas, V., *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Duncker Humblot, Berlín, 2002., pp. 260 ss.; y Joerden, J., *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Duncker Humblot, Berlín, 2002, pp. 50-51. Véase también Renzikowski, "Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe", en Byrd y Joerden (Eds.), *Festschrift für Joachim Hruschka*, Duncker Humblot, Berlín, 2005, pp. 653-654. Crítico respecto del supuesto colectivismo que subyacería a esta postura, Neumann, "Begründung...", *op. cit.*, pp. 170-173.

⁶³ Que pese a las diferencias metodológicas relevantes que pueden ser advertidas entre las distintas teorías de la solidaridad, existe una determinada unidad dogmática, es demostrado de forma convincente por Kühnbach, *op. cit.*, pp. 82-87, mediante comparación de sus resultados.

real fundada bajo premisas de justicia procedimental, y comunitaristas en sentido amplio, quienes asumen un concepto de libertad que integre a la solidaridad, con lo que la labor de las teorías de la solidaridad es superar la apariencia de la contradicción y determinar las condiciones bajo las cuales la exigencia de solidaridad es justificable bajo la teoría de la libertad, permite comprender bien qué es aquello que se encuentra en juego. El conflicto de familia respecto del concepto de solidaridad no se deja, de esta forma, solucionar sistemáticamente. Se trata, en cambio, de un conflicto directamente filosófico y que, por ello, solo puede ser tematizado filosóficamente. Ello no hace más que reproducir la vieja y decisiva polémica entre el contractualismo político y su asunción de un concepto negativo absoluto de libertad, la filosofía de la libertad y del derecho kantiano, bajo la cual la libertad real no admite ser tematizada jurídicamente, por lo que jurídicamente la libertad se ve a su vez tematizada negativamente, y la filosofía institucional de la libertad de Hegel o de Rousseau.

6. EL CONFLICTO SUBYACENTE AL ESTADO DE NECESIDAD.

EL ESTADO DE NECESIDAD COMO ESTRUCTURA DE SUPERACIÓN DEL CONFLICTO ENTRE FORMA Y FUNCIÓN

La discusión respecto del fundamento del estado de necesidad muestra que cualquier tratamiento del estado de necesidad justificante y en general del sistema de derechos de necesidad requiere claridad, ante todo, respecto del conflicto que este supone. El concepto de solidaridad constituye una forma de designación de este conflicto —esta es su función sistemática—, antes que una forma de solución. Considerado de cerca, la solución del conflicto es, en realidad, interna a este y no simplemente externa. Con ello, pese al valor del mantenimiento de la distinción entre dos funciones del concepto de solidaridad, se trata en realidad de un concepto unitario. En lo que sigue, pretendo demostrar esto.

El estado de necesidad justificante es la sede de tratamiento entre una comprensión de sí mismo del derecho, de acuerdo con ello este reconoce posiciones formalizadas de autonomía y las protege de forma perentoria —ello caracteriza al derecho abstracto o absoluto en la filosofía del derecho de Hegel—, con la función que el reconocimiento y protección de esferas formalizadas de autonomía pretende cumplir, a saber, permitir el bienestar (*Wohl*) de los ciudadanos⁶⁴. En una situación de necesidad justificante, lo absoluto de las posiciones formalizadas aparece como obstáculo al bienestar de un sujeto. La función del reconocimiento de posiciones absolutas parece estar de esta forma en conflicto consigo misma, ya que puede ser representada como obstáculo a la consecución de su propio fin. Ese obstáculo es, sin embargo, a la vez una condición de posibilidad abstracta del estado de libertad del destinatario de la agresión, el otro individuo involucrado en el conflicto. Este tiene, además, interés en el mantenimiento de sus bienes, los que pueden ser considerados condiciones concretas de su propia libertad.

⁶⁴ Fundamental Pawlik, *op. cit.*, pp. 85-98.

El estado de necesidad es, por ello, a la vez, un conflicto entre definiciones de intereses materiales y un conflicto entre dos momentos del derecho que resultan distinguibles e inconmensurables entre sí⁶⁵. No se trata de que simplemente entren en colisión intereses del agente en estado de necesidad y del destinatario de la agresión (mi casa contra su auto), sino que el bienestar material del agente de necesidad está en conflicto con la propia configuración abstracta de la autonomía por medio del derecho. Ambos conflictos tienen que ser tenidos en cuenta al tematizar la situación de necesidad como situación de justificación; las condiciones de valoración del conflicto no pueden, por ello, reducirse a pura evaluación material de intereses. La valoración de la situación de necesidad debe reproducir el conflicto interno al derecho. Pero los dos momentos que se enfrentan entre sí —el derecho abstracto y la moralidad en la filosofía de Hegel; posiciones formalizadas de autonomía e intereses materiales en la terminología de la dogmática del estado de necesidad— son por definición inconmensurables. Esto es: aunque no sea completamente preciso, es posible comparar el interés en la conservación de una vivienda y el interés en la conservación de un auto caro que debe ser sacrificado para evitar que se propague un incendio. ¿Pero cómo puede ser ya lógicamente posible comparar el interés en el mantenimiento de la conformación formal de autonomía por medio del derecho y la no pérdida de esa vivienda?

La inconmensurabilidad del conflicto solo puede ser superada si se reconocen dos partes analíticamente distinguibles en la evaluación del conflicto. La pretensión de reconocimiento abstracto de la autonomía formal del destinatario de la agresión solo puede ser reconocida bajo mantenimiento de preponderancia formal, esto es, solo puede tener influencia en la regla que fije las condiciones de procedencia de la ponderación y/o en la regla que fije la medida de la preponderancia (y no, en cambio, en la evaluación misma de los intereses). Así, (i) el peligro para intereses materiales de otro solo excepcionalmente puede fundar un derecho de desconocimiento de su autonomía formal —el mal que se quiere evitar no puede, por ello, ser cualquier mal, sino que tiene que tratarse de un mal sensible; la cláusula de limitación a la propiedad en el artículo 10 número 7 CP encuentra precisamente aquí su fundamento⁶⁶— y (ii) la regla que fije la medida de la concesión de preferencia a los intereses del agente en necesidad tiene que tomar en cuenta la pretensión de reconocimiento de un derecho formal del destinatario de la agresión; en otras palabras, no puede ser que la mera mayor cuantía de los intereses del afectado por la necesidad impliquen justificación. Las pretensiones de satisfacción o mantenimiento de intereses materiales, la que por definición tiene que existir en ambos involucrados en el conflicto, es en cambio conmensurable, pese a que en la práctica la cuestión de cómo se comparan intereses de distinta entidad pueda generar problemas.

⁶⁵ Véase Pawlik, *op. cit.*, pp. 83 ss.

⁶⁶ Solo a modo de aclaración: no pretendo con ello decir que un sistema que no limite la justificación por estado de necesidad agresivo a la afectación de intereses materiales ajenos sea injustificable. Es, por el contrario, completamente sensato permitir afectaciones corporales leves para superar necesidad corporal grave. Sin embargo, el lugar común relativo a que el Código Penal chileno sería completamente ilegítimo en su limitación a la propiedad, es ciego a las razones por las que ello tiene lugar.

Ello permite explicar precisamente las razones que hacen justificable la imposición de obligaciones de solidaridad individual: si se dan las condiciones bajo las cuales los intereses (formales y materiales) del destinatario de la agresión resultan derrotados por los intereses del agente en necesidad, entonces la acción de necesidad puede considerarse como condición de realización de la libertad, es decir, como acción lícita.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Juan Domingo, "Artículo 10 N^{os} 7 y 11 del Código Penal. Algunos criterios de delimitación", en Van Weezel (Ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Reuters Thomson, Santiago, 2013, pp. 691-713.
- BASCUÑÁN, Antonio, "La licitud del aborto consentido en el derecho chileno", en *Revista Derecho y Humanidades* N^o 10, Santiago, 2004.
- BAYERTZ, Kurt, "Begriff und Problem der Solidarität", en Bayertz (Ed.), *Solidarität: Begriff und Problem*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1998, pp. 11-53.
- BENTHAM, Jeremy, *Theory of Legislation (Principes de législation und Traités de législation, civile et pénale)*, Londres, 1914.
- BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 13. Edición, Leipzig, 1884.
- BUSTOS, Juan; y Hormazábal, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- CASAS, Lidia y Vargas, Macarena, "La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Valdivia, Vol. 24 N^o 1 (Julio 2011), pp. 133-151.
- CONINX, Anna, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit*, Nomos, Berna, 2012.
- LA MISMA, "Zufall und Verteilungsgerechtigkeit - Grundlagen für eine kontraktualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Notstandssituationen", en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 175-200.
- COUSO, Jaime y Hernández, Héctor (Eds.), *Código Penal Comentado*. Libro Primero, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011.
- CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Octava Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2005.
- CURY, Enrique, "El estado de necesidad en el Código Penal chileno", en *La ciencia penal en la Universidad de Chile*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2013, pp. 249-266.
- ENGLÄNDER, Armin, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008.
- EL MISMO, "Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2010, pp. 15-26.
- ERB, Volker, "Der rechtfertigende Notstand", en *Juristische Schulung* 2010, pp. 17-22 y 108-113.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo I, 3. Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 1997.
- FREUND, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlín-Heidelberg, 1998.
- FRISCH, Wolfgang, "Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien", en Paeffgen et al. (Eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, Duncker Humblot, Berlín, 2011, pp. 425-450.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Edición, Becks, Múnich, 2011.
- GARCÍA, María Paulina, *El estado de necesidad en materia penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1999.

- GARRIDO, Montt, Mario, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2003.
- GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*, Walter de Gruyter, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1983.
- HAAS, V., *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Duncker Humblot, Berlín, 2002.
- HARE, Richard Merwyn, "Justice and Equality", en el mismo, *Essays on political morality*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 182-202.
- HATZUNG, Andreas, *Dogmengeschichtliche Grundlagen und Entstehung des zivilrechtlichen Notstands*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 1984.
- HRUSCHKA, Joachim, "Rettungspflichten in Notstandsituationen", en *Juristische Schulung* 1979, pp. 385-393.
- JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 2012.
- JAKOBS, Günther, *Rechtswang und Personalität*, Schöningh, Paderborn, 2008.
- JOERDEN, Jan, "§ 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1991, pp. 411-427.
- JOERDEN, Jan, "Solidaritätspflichten und Strafrecht", en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 49-60.
- KANT, Immanuel, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Metaphysik der Sitten, Erster Teil), Hamburg, 2009.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Edición, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- KLESCZEWSKI, Diethelm, "Ein zweischneidiges Recht – Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem vorpositiven System der Erlaubnissätze", en Zaczyk/Köhler/Kahlo (Eds.), *Festschrift für E.A. Wolff*, Springer, Berlín-Heidelberg, 1998, pp. 225-246.
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín-Heidelberg, 1997.
- KÜHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Edición, Vahlen, Múnich, 2008.
- KÜHL, Kristian, "Notwehr ein Kampf ums Recht oder Streift, der mißfällt? Schlaglichter der Notwehrdiskussion der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich", en Schmoller (Ed.) *Festschrift für Otto Triffterer*, Springer, Viena, Nueva York, 1996, pp. 149-167.
- KÜHL, KRISTIAN, "Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands", en Eser et al. (Eds.) *Festschrift für Theodor Lenckner*, Beck, Múnich, 1998.
- KÜHL, Kristian, "Freiheit und Solidarität bei den Notrechten", en Weigend y Küper (Eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Springer, Berlín, Nueva York, 1999.
- KÜHNBACH, Lena, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, Nomos, Baden-Baden, 2007.
- KÜPER, Wilfried, "Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung", en *Juristische Schulung* 1987, pp. 81-92.
- KÜPER, Wilfried, "'Unendliche' gegen 'partielle' Verletzung des 'Daseins der Freiheit'", en Dannecker et al. (Eds.), *Festschrift für Harro Otto*, Heymanns, Colonia, Berlín, Munich, 2007, pp. 79-88.
- KYMLICKA, Will, *Politische Philosophie heute*, Campus Verlag, Fráncfort del Meno, 1997.
- LADIGES, Manuel, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, Duncker Humblot, Berlín, 2007.
- LENCKNER, Theodor, *Der rechtfertigende Notstand*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1965.
- LENCKNER, Theodor, "Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1985, pp. 295-313.

- MAÑALICH, Juan Pablo, "El hurto- robo frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 7 (2006), pp. 65-93.
- MAÑALICH, Juan Pablo, "Condiciones generales de la punibilidad", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* N° 2 (2005), pp. 418-441.
- MAÑALICH, Juan Pablo, "El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 número 11 del Código Penal chileno", en Van Weezel (Ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Reuters Thomson, Santiago, 2013, pp. 715-742.
- MATT, Holger y Renzikowski, Joachim (Eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck, Munich, 2013 (cita: Matt-Renzikowski-Autor).
- MAURACH, Reinhart, *Kritik der Notstandslehre*, Berlín, 1935.
- MEISSNER, Andreas, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, Duncker Humblot, Berlín, 1990.
- MERKEL, Reinhardt, "Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Missverständnisse zu § 34 S. 1 StGB)", en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Fráncfort del Meno, 1995.
- MEYER, Frank, "Ausschluss strafrechtlicher Verantwortung bei Handeln auf Weisung", in *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2012, pp. 556-573.
- MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH Tomo 1, Joecks/Miebach (Eds.), 2. Edición, Beck, Munich, 2011 (cita: MK-Autor).
- NEUMANN, Ulfried, "Die rechtsethische Begründung des rechtfertigenden Notstands' auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip", en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 155-174.
- NOMOS-KOMMENTAR Strafrechtsgesetzbuch, Tomo 1, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Eds.), 4. Edición, Nomos, Baden-Baden, 2013 (cita: NK-Autor).
- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2005.
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Edición, Walter de Gruyter, Berlín, 2004.
- OSSANDÓN, María Magdalena, "Aborto y justificación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 2 (2012), pp. 325-369.
- PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 2002.
- PERDOMO-TORRES, Jorge, *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; y Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Segunda Edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2003.
- PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Edición, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- RAWLS, John, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1979.
- RAWLS, John, "Two concepts of rules", en *The Philosophical Review*, Vol. 64 N° 1 (Jan. 1955), pp. 3-32.
- RENZIKOWSKI, Joachim, *Notwehr und Notstand*, Duncker Humblot, Berlín, 1994.
- RENZIKOWSKI, Joachim, "Solidarität in Notsituationen- ein historischer Überblick", en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 13-47.
- RENZIKOWSKI, Joachim, "Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe", en Byrd y Joerden (Eds.), *Festschrift für Joachim Hruschka*, Duncker Humblot, Berlín, 2005, pp. 643-668.

- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Tomo I, 4. Edición, Beck, Múnich, 2006.
- SALIGER, Frank, “Kontraktualistische Solidarität: Argumente des gegenseitigen Vorteils”, en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 61-76.
- SANTIBÁÑEZ, María Elena; y Vargas, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley Nº 20.480)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 Nº 1 (2011), pp. 193-207.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER STRAFGESETZBUCH (SSK), Eser *et al.* (Eds.), 28. Edición, Beck, Múnich, 2010.
- SEELMANN, Kurt, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, Von Decker, Heidelberg-Hamburgo, 1978.
- STRATENWERTH, Günther y Kuhlen, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Edición, Beck, Múnich, 2011.
- TALA, Alberto, “La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 14 Nº 2-3 (1987), pp. 313-333.
- VARGAS, Tatiana, “¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 Nº 11”, en Van Weezel (Ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Reuters Thomson, Santiago, 2013, pp. 743-774.
- VILLEGAS, Myrna, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 23 Nº 2, pp. 149-174.
- VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd (Ed.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck, Múnich, 2010.
- Zimmermann, Till, *Rettungstötungen*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

