



TESINA DE DERECHO

Estado de necesidad exculpante en casos de violencia intrafamiliar: Análisis jurisprudencial

Sofía Jerez Navarrete y Cecilia Vargas García

Profesor guía: Fabíola Girao Monteconrado

Diciembre 2017

ÍNDICE

I.	Introducción	4
II.	El estado de necesidad en el Derecho comparado	6
III.	La regulación actual del estado de necesidad en Chile	11
IV.	Análisis de los requisitos legales de la causal y jurisprudencia	16
	1. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar: Situación de necesidad.....	16
	2. Inexistencia de otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal	21
	3. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.....	25
	4. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento de quien actúa.	28
V.	Conclusiones	31
VI.	Bibliografía.....	34

RESUMEN

La importancia de la introducción del estado de necesidad exculpante al artículo 10 N°11 del Código Penal chileno por la Ley N° 20.480, radica en la urgencia de una causal de exención de responsabilidad que entregue un mecanismo de protección a mujeres que incurran en parricidio en un contexto de violencia intrafamiliar. Esta situación deja en evidencia lo relevante que es para la determinación de la responsabilidad penal el contexto que vive la autora y la naturaleza cíclica de la violencia, distinta a la violencia común. En el presente trabajo se realizará un análisis de los requisitos de la causal impuestos por el legislador y los problemas que advierten a la hora de ser aplicado. Para esto se realizará una revisión de jurisprudencia con el fin de determinar el criterio e interpretación que hace tribunales, lo cual dificulta gravemente la posibilidad de que una mujer homicida esté exenta de responsabilidad.

PALABRAS CLAVES

Causal de exculpación - Estado de necesidad - Parricidio - Violencia intrafamiliar - Interpretación

ABSTRACT

The importance in the introduction of the state of exculpating need to the article 10 number 11 of the Chilean penal code by the law 20.480, lies in the urgency of a cause of exemption of responsibility that delivers a protection mechanism to women incurring in parricide in a context of intrafamily violence. This situation gives evidence of the relevance of context in which the author lives, and the cyclic nature of violence different from the ordinary violence, to determine the penal responsibility. In the present work, an analysis of the requirements of the causal imposed by the legislator and the problems noticed at the moment of being applied will be made. To do this, a revision of jurisprudence will be carried out in order to determine the criteria and interpretation of the tribunals which seriously affects the possibility for a homicide woman to be exempt of responsibility.

KEY WORDS

Legal exculpation - Necessity - Parricide - Intrafamily violence - Interpretation

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo la violencia intrafamiliar ha adquirido un papel importante dentro de los problemas de relevancia social, cultural y jurídica debido a su complejidad y el carácter multidimensional de ésta, junto con la masificación de estos casos en los medios de comunicación y el tratamiento que éstos comenzaron a darle a los acontecimientos. Asimismo, las relaciones entre hombres y mujeres tradicionalmente han estado enmarcadas en un ámbito de desigualdad tolerada socialmente, de modo que se ha llevado al terreno de la legitimidad e incluso a invisibilizar tal situación (Roa, 2012: p.49), razón por la cual la violencia doméstica constituye una de las manifestaciones más claras de desigualdad de género y abuso de poder socialmente arraigado en el hombre, sobre todo en el ámbito de sus relaciones íntimas donde es percibido como dominante.

En medio de este escenario, los movimientos feministas han logrado desde hace algún tiempo visibilizar la gravedad y dimensión de la violencia en contra de la mujer y, en específico, la que se genera en el marco de relaciones íntimas o de pareja. De los crímenes pasionales se pasó a la utilización generalizada del vocablo “femicidio” lo que permitió una mayor comprensión de este fenómeno hasta ese entonces invisibilizado dentro del contexto familiar. Una de las manifestaciones derivadas de esta creciente e inagotable violencia son los eventos en que mujeres víctimas de maltratos causan la muerte a sus agresores (Roa, 2012: p. 50), cuestión que ha generado la necesidad del análisis de posibles circunstancias que excluyan la responsabilidad en estos casos.

En Chile existe una normativa que regula la violencia en el ámbito familiar desde el año 2005, la Ley N° 20.066, más conocida como ley de violencia intrafamiliar (VIF), la cual sólo considera el contexto familiar sin distinguir las agresiones que se dirigen específicamente contra la mujer ni la condición que presenta ésta, de manera tal que no se prevé una pena mayor para la muerte de la mujer víctima de su pareja (Santibáñez y Varas, 2011: p.193).

A pesar de ello, la presente ley en su artículo 3° observó cierta preocupación por la adopción de políticas por parte del Estado de prevención y asistencia orientadas a evitar la violencia intrafamiliar, en especial contra la mujer, adultos mayores y niños. Asimismo, existen

reglas especiales respecto a la consideración del contexto intrafamiliar consagradas en el artículo 5° que, generalmente, funciona como agravante de responsabilidad y en último lugar, con importante trascendencia respecto a la temática abarcada, la creación del delito de maltrato habitual consagrado en el artículo 14 de la ley.

De esta manera, como resultado de las circunstancias mencionadas anteriormente nace la Ley N° 20.480 que, dentro de las modificaciones que realiza al Código penal, incorpora expresamente el estado de necesidad exculpante consagrado en el artículo 10 N° 11 de dicho cuerpo legal. Esta ley se crea como consecuencia de la preocupación que origina la falta de establecimiento de una protección especial a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, mejorando así desde la vía legal su situación otorgándole mayores herramientas de carácter jurídico (Historia de la Ley N° 20.480, 2010: p.4).

La violencia doméstica, desde un punto de vista jurídico, exige un tratamiento y enfoque integral -dado su carácter multidimensional-, teniendo en especial y única consideración a las mujeres violentadas, pues la víctima de violencia intrafamiliar ve transgredidos o afectados diversos derechos: la integridad física y psicológica, su libertad e incluso su patrimonio. De esta manera, este fenómeno no es un problema que sólo pertenezca al Derecho penal, y menos al Derecho en su conjunto, por el contrario, afecta diferentes dimensiones de la mujer agredida, debiendo ser tratado desde una perspectiva psicológica, jurídica, social e incluso cultural, pues éstas existen en todo grupo social. En función de ello, el legislador no puede seguir dando un tratamiento aislado al impacto que genera la violencia intrafamiliar en la vida de la mujer y de la sociedad en su conjunto.

A pesar de la relevancia de este problema, tal como se comprobará en el análisis jurisprudencial de los requisitos de la causal, los jueces siguen aplicando las leyes en base a una serie de prejuicios apelando a diferentes argumentos como, por ejemplo, la razón de por qué las mujeres no huyen del agresor, pero resulta evidente que ésta no es una opción para todas, ya que no se puede ignorar las frustradas peticiones de ayuda de las víctimas a las autoridades, sea policía o tribunales de justicia y, por sobre todo, el daño que provoca la violencia a nivel emocional.

Conforme se demostrará, las mujeres agredidas constantemente ven vulnerados sus derechos por el propio sistema de justicia, el que sin duda debería otorgarles la protección necesaria, razón por la cual es necesario plantearse que la mujer que mata a su agresor es resultado de la insuficiente respuesta que da el Estado respecto a la defensa sus derechos y la carencia de una defensa a la altura del problema. Tampoco se debe invisibilizar el hecho que las mujeres víctimas de violencia que quitan la vida a sus parejas se enfrentan a problemas de discriminación de género acentuados por el desvalor social de haber cometido un delito junto con el cuestionamiento constante por parte de sus pares, cuestión provocada por la gran cantidad de fallas del sistema que acentúan la visión negativa y desinformada que se tiene sobre los delitos que se cometen en contexto de violencia intrafamiliar.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la jurisprudencia existente sobre el estado de necesidad exculpante en base a cada uno de los requisitos que exige la causal con el fin de determinar los problemas que se presentan a la hora de aplicarlo. Para esto, será necesario previamente un estudio de la eximente en el Derecho comparado y su regulación actual a nivel nacional.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

La figura del estado de necesidad no ha sido mayormente profundizada por la dogmática internacional, sino que más bien la tendencia se ha centrado en el análisis de artículos específicos que consagran la causal dentro del ordenamiento penal de un país en particular.

En el estudio comparado el debate es limitado respecto de la inclusión de términos que son fundamentales para configurar el estado de necesidad como causal exculpante, entre estos, la perspectiva de género, femicidio, violencia de género y violencia intrafamiliar, términos que en nuestro país si se encuentran regulados. Producto de lo anterior, se considera mayormente que constituye una situación de necesidad el peligro para un bien jurídico cuya evitación pasa por la vulneración de otro bien jurídico (Larrauri y Varona, 1995: p. 69).

Al contextualizarse dentro del marco de la inserción de la perspectiva de género en los diferentes ordenamientos jurídicos como elemento fundamental de la causal, cada legislación ha adoptado diversas modificaciones que pueden ser consideradas reales o bien no trascendentes, las cuales han generado discusiones doctrinales, sobre todo respecto a la configuración de la causal. Así, el estudio de la problemática del estado de necesidad en las diversas dogmáticas internacionales es sin duda hoy la consecuencia de la aplicación de las normas vigentes en los códigos penales respectivos a las conductas que se materializan en la sociedad.

En España el estado de necesidad es entendido como una situación en la que existe el peligro actual para un bien jurídico que solo puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos, teniendo un sentido marcadamente social, lo que significa que no solo importa la protección de bienes jurídicos particulares, sino que abarca la protección y el mantenimiento de la paz social (Silva Sánchez, 1982: p. 665). Así, el Código Penal español de 1995 consagra la figura en el artículo 20.5 al señalar que:

“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

Se debe precisar que este artículo no define lo que debe entenderse por estado de necesidad, al igual que el ordenamiento jurídico chileno, sino que se limita a establecer los requisitos de procedencia para su aplicación. De esta norma se infiere que la figura sólo se circunscribe como un conflicto entre bienes jurídicos que puede superarse únicamente mediante el sacrificio o menoscabo de uno de ellos (Quintero, 2005: p. 176).

El presupuesto básico de la eximente española es la existencia de un peligro objetivo, el que debe tener carácter de real y actual para un bien jurídico específico (Pizarro, 2014: p. 27), a diferencia de Chile donde se contempla la inminencia y gravedad del mal que se trata de evitar. En cuanto a la subsidiariedad exigida en Chile, en el caso español se entiende que el uso

de un medio que no era el menos lesivo en el caso concreto no es suficiente para eliminar la situación de necesidad, ya que el conflicto sigue existiendo de todas maneras (Larrauri y Varona, 1995: p. 71)

Este estado de necesidad tradicional se divide en dos situaciones puntuales, a saber, un estado de necesidad justificante, entendido como causal de justificación, basado en la prevalencia de un interés preponderante cuando con la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor se sacrifica el menor para salvar al de mayor valor, y una segunda situación entendida como causal de inculpabilidad o estado de necesidad exculpante fundada en el principio de no exigibilidad, esto es cuando frente a un conflicto de dos bienes jurídicos del mismo valor se debe sacrificar uno de ellos.

Frente a esto, en principio, el estado de necesidad no consiste en salvar el bien más valioso, sino de solventar el conflicto con la menor perturbación posible del *statu quo*, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquel, lo cual le otorga el carácter residual por cuanto acoge situaciones que no pueden ser subsumidas a una causal de justificación específica (Silva Sánchez, 1992: p.665).

En cuanto al avance de la legislación enfocada a la relación del estado de necesidad y la violencia de género, hay que señalar que el año 2004 se dicta la Ley Orgánica 1º, precisamente llamada Ley Orgánica de Violencia de Género, lo que sin duda vino en reconocer esta asimetría en la relación de causales de violencia y reconocimientos de derechos, consagrando que es víctima de violencia de género la mujer objeto de cualquier acto de violencia física y/o psicológica, pero sólo cuando quien ejerce esa violencia ha sido su cónyuge o ha estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad con o sin convivencia. Esta ley en España permitió un primer avance en el reconocimiento de la problemática existente en casos de aplicación de la causal de estado de necesidad en contexto de violencia de género, pero no fue hasta la dictación de la Ley Orgánica 3º del año 2007, cuando se establece la igualdad efectiva de hombres y mujeres, protegiendo con ello las políticas de género que ya ganaban mayor fuerza en la sociedad.

Desde otra vereda, el estado de necesidad exculpante y también justificante han sido regulados positivamente en el Código Penal alemán en su artículo 34 y 35 respectivamente, consagrando la segunda norma la causal de exculpación cuyos requisitos son taxativos y categóricos, no siendo posible la aplicación por vía de interpretación del tribunal (Pizarro, 2014: p. 37). En este caso, existe un catálogo cerrado de bienes amparados por la eximente, ya que se estima que cuando existe peligro para los bienes jurídicos esenciales, se obstaculiza de sobre manera la autodeterminación conforme a la norma, lo que lleva a concluir que los menoscabos leves no estarían cubiertos por la causal (Jescheck y Weigend, 2002: p. 517).

En latinoamérica, el estado de necesidad ha sido reconocido y regulado en los distintos cuerpos normativos internos de los países, por ejemplo en la República de El Salvador, su código penal contempla dentro de las excluyentes de responsabilidad en su artículo 27.3 al estado de necesidad y señala que:

“No es responsable penalmente: 3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo”

Del numeral tercero se desprende que el acto, sea de carácter lícito o ilícito, implica necesariamente un análisis de la intención del actor. Asimismo, cabe destacar que la legislación salvadoreña otorga un concepto más amplio a esta institución por cuanto permite la intervención de terceros en el acto.

En el caso argentino, se encuentra la clásica distinción de estado de necesidad justificante y disculpante, donde se deben ponderar dos bienes jurídicos ya sea como iguales o similares, de manera que la impunidad del actor no puede fundarse en la defensa de su derecho al encontrarse en una ponderación similar de bienes, sino que el fundamento de la distinción recae en la libertad de decidir su actuar al momento de la realización del acto típico (Sassón, 2003: p. 3). De este modo convergen en el Código Penal de la República Argentina dos normas fundamentales para nuestro estudio, a saber, el artículo 34.2 el cual señala que:

“No son punibles: 2) El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;”

Y por otro lado, el artículo 80 N° 11 del mismo cuerpo legal indica:

“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: N°11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.”

Dicha norma ha sido incorporada en el año 2012 mediante la Ley N° 26.791, la cual introduce nuevas terminologías que son necesarias y fundamentales para una regulación igualitaria en materia de violencia doméstica y de género.

Respecto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad argentino, la doctrina se encuentra dividida principalmente en tres posiciones, a saber, quienes consideran al estado de necesidad como una situación ajurídica; quienes señalan que son actos ilícitos no imputables y quienes señalan que son actos lícitos pero con algunos efectos, por lo que siempre será discutible según lo sea caso a caso (Compagnucci de Caso, 2007: p. 189).

En último lugar, la República Federativa de Brasil reconoce el estado de necesidad en el artículo 24 del Código Penal vigente el cual señala:

“Se considerará en estado de necesidad a quien practique el hecho para salvar de un peligro actual, que no provocó voluntariamente ni podía evitar de otro modo, un derecho propio o ajeno, cuyo sacrificio, en aquellas circunstancias, no fuera razonablemente exigible”.

Del texto normativo se desprende cierta similitud con los otros cuerpos normativos de latinoamérica sobre los requisitos generales de la causal. En Brasil la regulación normativa tiene como base la Constitución Federal de 1998, donde el artículo número 226, párrafo 8, reconoce la violencia doméstica y la obligación que tiene el Estado de tratar esta materia, señalando que el éste prestará asistencia a la familia de cada persona afectada mediante la creación de mecanismos para suprimir la violencia en sus relaciones.

Importa agregar que el gobierno Brasileño promulgó en el año 2006 una ley que marca un hito histórico en la región llamada “Ley María da Penha sobre Violencia Doméstica y Familiar”, la cual crea una completa regulación en esta materia al señalar tribunales especiales, sanciones más estrictas para los actores y una red de apoyo para las víctimas.

III. REGULACIÓN ACTUAL DEL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE EN CHILE

El estado de necesidad se define como una situación de peligro actual para un bien jurídico no originada en agresión ilegítima, en la que no existe otra forma de salvar dicho bien sino mediante la vulneración de otro bien jurídico (Novoa, 2010: p. 355), entendiéndose que media necesidad cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión.

El fundamento del estado de necesidad radica en que a pesar de que el peligro no se materialice directamente, el transcurso del tiempo no va a aportar una solución menos gravosa, razón por la cual la necesidad de defensa del bien jurídico conjuntamente con el convencimiento de que las posibilidades de defensa no van a mejorar es lo que lleva a que se acepte la eximente a pesar de que el peligro no sea inminente (Larrauri y Varona, 1995: p.74). En caso que el sujeto se encuentre en la necesidad de actuar de un modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor al que se evita, es decir, mayor o equivalente, podría haber estado de necesidad exculpante, en cuyo caso la conducta será antijurídica, pero no habrá reproche de culpabilidad pues al agente no le será exigible razonablemente otro comportamiento (Zaffaroni, 2002: p. 631), siendo el ejemplo clásico el del famoso alpinista que corta la cuerda que amenaza romperse por no resistir el peso de dos personas y hace precipitarse al abismo a su compañero de excursión (Politoff, Matus y Ramírez, 2001: p.231).

La Ley N° 20.480, del 18 de diciembre de 2010, realizó una de las más relevantes modificaciones legales que se han llevado a cabo dentro de la normativa penal, tendientes a agravar la responsabilidad de quienes cometen delitos dentro del contexto familiar e instaurar una especial consideración a la mujer como víctima de violencia intrafamiliar. Con esta reforma se quiso establecer una defensa especial para las mujeres que reaccionaban contra su agresor fuera de la legítima defensa, no para impedir una agresión actual, sino por conductas posteriores en cuanto temían nuevos males (Vargas y Henríquez, 2013: p.13), consagrando, entre otras modificaciones, en el numeral 11 del artículo 10 del Código Penal la figura del estado de necesidad exculpante, derogando así la antigua eximente de responsabilidad establecida en favor del marido que atentaba contra su mujer y cómplice con motivo de adulterio flagrante (Vidal, 2013: p. 238).

Para introducirnos en la reforma que hace la Ley N° 20.480 es necesario examinar y analizar el contexto de ésta, el cual se advierte al revisar la historia de la ley y, en especial, la moción parlamentaria de la Cámara de Diputados que le da origen. Dicho contexto se caracteriza por la creciente preocupación de la sociedad por las conductas violentas contra la mujer, especialmente cuando tienen lugar dentro de la familia, ya que es allí donde existen relaciones de confianza y “amor” entre la víctima y el victimario que tienden a agravar la situación de violencia (Santibáñez y Vargas, 2011: p.193). Asimismo se considera que los tipos penales existentes hasta la época no expresan conceptualmente de forma adecuada el tema y otorgan a los agresores la posibilidad de utilizar atenuantes o beneficios que les permitan rebajar las penas o minimizar su cumplimiento efectivo (Historia de la Ley N° 20.480, 2010: p.4).

Dentro de la discusión parlamentaria se buscó promover la exculpación de la mujer que atenta contra quien ejerce sobre ella violencia, proponiendo distintas modificaciones al miedo insuperable y fuerza irresistible con el objeto de ampliar su ámbito de aplicación (Vidal, 2013: p. 239). Ahora bien, a pesar de que la Ley N° 20.480 incorpora el estado de necesidad al artículo 10 N° 11, la Cámara de Diputados propuso otra cosa, esto es, que se modifique el numeral 9 del artículo 10 del Código punitivo nacional con la intención que también se eximiera de responsabilidad penal al que actúa bajo amenaza grave e inminente, sin embargo, esa propuesta

es rechazada por el Senado bajo pretexto de ser demasiado abierto, razón por la cual el proyecto pasó a comisión mixta.

En el seno de la comisión mixta Enrique Cury formula la redacción original de la causal, quien señaló que la norma propuesta por la Cámara de Diputados no se encuentra técnicamente bien constituida en términos que permita cubrir la situación de no exigibilidad de otra conducta por parte de las mujeres maltratadas (Historia de la Ley N° 20.480, 2010: p.190), en atención a lo cual propone que se incorpore un nuevo numeral en el lugar once del artículo 10 que se encontraba libre al estar derogado desde el año 1953, intentando plasmar el estado de necesidad disculpante presente el Código Penal Alemán.

Se hace necesario destacar que, con anterioridad al estado de necesidad tipificado en el artículo 10 N°11, existía la figura del estado de necesidad consagrado en el numeral 7°, disposición que se mantiene hasta la actualidad y contempla una defensa por daños a la propiedad privada como mal causado para evitar otro mal mayor real o inminente (Vargas y Henríquez, 2013: p. 14). Al comparar la eximente del N°7 con la del N°11 se puede evidenciar que algunas circunstancias o requisitos se comparten, sin embargo, la gran diferencia radica en que el nuevo estado de necesidad no se limita a los daños en propiedad ajena y el mal causado no requiere ser menor al evitado, lo cual no significa que no pueda eximir de responsabilidad por males menores a los evitados, sino que contempla más supuestos que el antiguo estado de necesidad (Vargas y Henríquez, 2013: p.15).

Empero, a pesar de que la eximente introducida por la ley se encuentra estructurada sobre la base de una situación de necesidad, no elimina la actualidad del mal que se busca impedir y tampoco considera la calidad de la mujer como víctima de violencia intrafamiliar, sino que consagra una causal genérica de exención de responsabilidad penal para cualquier delito y sujeto mientras se configuren las circunstancias prescritas en el tipo.

La formulación final del Código advierte que se trata de un estado de necesidad al hacer referencia a “al que obra para evitar un mal grave”, evitando dudas sobre la colisión de intereses distinta a la que nace de la agresión ilegítima que da lugar a la legítima defensa. A este respecto, la lesión de bienes jurídicos ajenos no está permitida por el ordenamiento jurídico, sin embargo

no es reprochable en razón de la existencia de circunstancias que limitan la libertad del autor (Vidal, 2013: p. 240).

La norma plantea un problema de interpretación en base a la determinación de su naturaleza jurídica, es decir, si es una causal de exculpación o bien tiene carácter doble dada las semejanzas entre la eximente del artículo 10 N°11 con el estado de necesidad justificante consagrado en el artículo 10 N° 7 del Código Penal. No obstante, esta discusión no es nueva en el derecho comparado, en el caso de España el tenor del artículo 20 numeral 5 del Código Penal que consagra una formulación de estado de necesidad semejante presenta el mismo problema sobre su naturaleza jurídica (Vidal, 2013: p. 242).

Respondiendo la interrogante sobre su naturaleza jurídica, existen quienes que afirman que la causal del artículo 10 N°11 es de exculpación en base a la historia y el debate legislativo de la ley que la incorpora, pues es el propio autor material es quien le otorga esa denominación al proponerla a la comisión mixta del Congreso. Esta tesis encuentra otro argumento en el hecho que tras la consagración de la causal en la legislación nacional subsiste el estado de necesidad justificante previsto en el artículo 10 N°7 del Código Penal chileno y no se deroga expresamente, cuestión que hace dudar la posibilidad de tener dicha causal el carácter justificante y será indiciaria del hecho que con la nueva disposición se quiso establecer “algo de naturaleza diferente” (Castillo, 2016: p. 346). Por último, se fundamenta en el tenor del requisito 4° de la causal, el cual señala expresamente la no exigibilidad del sacrificio del bien amenazado y, asimismo, en la circunstancia 3° que hace referencia a males causados para evitar otros de carácter equivalente o superior (Vidal, 2013: p.442).

A pesar de ello, existen argumentos dentro de la doctrina nacional para estimar que estamos frente a una causal de doble naturaleza, a saber, justificante y exculpante. Quienes sostienen esta postura afirman que a pesar de que se pueda inferir de la historia de la Ley N° 20.480 el carácter exculpante de la causal nunca se rechazó su aplicación como justificante a algunos de los supuestos que puedan presentarse, ya que tal discusión nunca fue abordada dentro de la comisión mixta y, en el caso de ser el único parámetro, sólo encontraría aplicación en los casos de violencia intrafamiliar en el claro contexto de la Ley N° 20.480 (Vidal, 2013: p.443).

El último argumento utilizado para acreditar la calidad exculpante de la causal también es refutado, dado que la circunstancia que alude expresamente a la inexigibilidad del sacrificio tampoco es determinante para asegurar la naturaleza de la figura. Es más, afirman que es posible otorgar diferentes interpretaciones a este requisito como, por ejemplo, situaciones de exigencia de soportar el mal a determinadas personas o en determinadas circunstancias, tema común en ambos estados de necesidad, de modo que la inclusión de este requisito de discutible aplicación o poco comunes a la naturaleza de la causal no son determinantes en la definición de su esencia exculpante, sino más bien propios de la naturaleza doble que mantiene la eximente (Vidal, 2013: p.242). Para otorgar más peso a su fundamento, sostienen que la causal en cuestión presenta requisitos o circunstancias más familiarizados con la naturaleza justificante, como es el caso de la circunstancia 2º de subsidiariedad.

En el mismo orden de ideas, y con más fuerza que los planteamientos anteriores, señalan que no es posible obviar que el ordenamiento jurídico justifica, estimando como no contrarias a derecho, aquellas conductas en que se causa un mal para evitar un mal de mayor entidad fundado en el principio de interés preponderante, el cual establece que frente a un interés existe otro de mayor valor que justifica la conducta. Respecto de los comportamientos que importan males causales equivalentes o inferiores a la entidad del mal causado, el ordenamiento jurídico los reprueba calificándolas como antijurídicas y sólo se exculpa en la medida de que exista una voluntad afectada por condiciones que exijan actuar conforme a derecho, razón por la cual la eximente estudiada ofrece una causal de justificación para quien evite un mal mayor al causado y exculpación en los demás casos (Vidal, 2013: p. 243).

En último lugar, según esta corriente, afirmar lo contrario, es decir, que la causal en cuestión sólo es de naturaleza justificante, es una infracción al principio de igualdad de tratamiento jurídico que se daría a situaciones análogas, vale decir, si en ambos casos se causa un mal menor para evitar un mal mayor no es equitativo que se otorgue un tratamiento distinto y tampoco sería justo que se exculpe a quien ha realizado una conducta justificada por el ordenamiento jurídico, sin perjuicio que en ambos casos se eximirá de responsabilidad, pero dicha distinción tiene como consecuencia importantes efectos prácticos y dogmáticos (Vidal, 2013: p.243).

Por lo antes mencionado, la presente discusión es relevante en la medida que la ubicación que se le dé al estado de necesidad, justificante o exculpante, implica la presencia o ausencia del injusto, de manera tal que si se considera justificante el ordenamiento jurídico legitima la conducta, esto es, el propio legislador cubre la legalidad de una situación que él mismo inicialmente previó como prohibida, mientras que en la exculpación hay presencia del injusto y, en consecuencia, es una conducta antijurídica, pero se prescinde del reproche de culpabilidad (Roa, 2012: p.56).

IV. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS LEGALES DE LA CAUSAL Y JURISPRUDENCIA

1. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar: Situación de necesidad

Es esencial para todo estado de necesidad, sea justificante o exculpante, la existencia de un mal o peligro para un bien jurídicamente protegido, pues el conflicto de necesidad demanda que el mal que se trata de evitar únicamente pueda impedirse causando otro mal. A este respecto, el mal se debe entender como cualquier menoscabo jurídico, el que puede provenir de la naturaleza, del hombre o las cosas (Roxin, 1997: p. 903).

Se entiende que el mal que se trata de evitar debe revestir cierto margen de gravedad, el cual dependerá de la correlación de los bienes en conflictos, de la intensidad del peligro asumido por los bienes jurídicos en colisión, del valor social e individual de éstos, teniendo en cuenta que sólo una ponderación total de los aspectos individuales, sociales, materiales, morales nos ofrecen un criterio más seguro para determinar la proporción (Roa, 2012: p. 57). En relación a este punto, la eximente únicamente procederá si el mal es grave, esto es, si tiene entidad suficiente para explicar el daño causado, definiéndose así la magnitud del primer mal frente al mal causado (Vargas y Henríquez, 2013: p. 17).

Así, el mal puede ser superior al causado configurando la justificante por el artículo 10 N°7 del Código penal, o bien, el mal puede ser igual o inferior al causado en el caso del estado de necesidad exculpante, lo que se explicaría en base a la situación de inexigibilidad de otra conducta, cuestión que será tratada en el requisito correspondiente. En consecuencia, el mal que se trata de evitar ha de ser una perturbación del tal entidad que suponga una presión suficiente como para eximir de responsabilidad penal por causar un mal, aunque mayor, inexigible (Vargas y Santibáñez, 2011: p. 200) y en caso de no existir esta circunstancia o requisito no sólo no procederá la causal, sino que ni siquiera se configurará atenuante por ser la base de la eximente.

Se hace necesario destacar que para la procedencia de esta causal el mal amenazado puede tener cualquier fuente, salvo la agresión ilegítima de la propia víctima (Vargas y Santibáñez, 2011: p.199), es decir, no es admisible la situación de necesidad si es causada intencionalmente por el autor, pues habría provocado él mismo la circunstancia que lo “disculparía” por el mal causado a otro (Vargas y Santibáñez, 2011, p.200).

Asimismo, la ley exige que el mal sea actual, o en otras palabras, real, perceptible por los sentidos (Politoff et al., 2001: p.229). Una agresión actual se define como “la que se está ejecutando y mientras la lesión del bien jurídico no se haya agotado totalmente (...) La agresión subsiste siempre, naturalmente, en los delitos permanentes, como el secuestro, y en la repetición de los actos constitutivos de delitos habituales y continuados” (Politoff et al., 2003: p. 218-219).

Relacionado con la actualidad del mal se encuentra el elemento subjetivo que exige el estado de necesidad exculpante, el cual es discutido por la doctrina y hace alusión a la intención de defenderse. Este elemento es de importante dificultad en los casos de mujeres maltratadas, especialmente cuando la defensa se produce fuera de un episodio de confrontación. Por lo tanto, es extremo exigir esta intención, ya que existen dificultades probatorias evidentes y el contenido de la causal se relaciona con la *voluntad* de protegerse, esto es, la simple voluntad de estar actuando con la finalidad de repeler un ataque que el sujeto advierte como ilegítimo (Roa, 2012: p.55).

Otra manera de entender la ilegitimidad de la agresión, sobre todo en materia de violencia intrafamiliar, es la inminencia, la cual hace referencia al alto grado de probabilidad de que ocurra la agresión y, en consecuencia, la posibilidad de ejercer la defensa sin esperar el daño previsible, pues si existen indicios evidentes de su proximidad, una mayor espera podría frustrar las posibilidades de defensa y no sería razonable exigir que el agredido “pruebe” la fuerza del agresor antes de defenderse (Politoff et al., 2003: p. 219).

Esto importa un juicio sobre “un curso futuro, apoyado en la experiencia causal humana que debe lograrse con la ayuda de una consideración generalizadora *ex post*” (Politoff et al., 2001: p. 229). Cabe destacar que el mal inminente es lo que diferencia y determina el alcance del estado de necesidad en contraposición a la legítima defensa, ya que en virtud de éste el mal o peligro puede prolongarse en el tiempo.

Roxin incorpora un importante concepto al señalar que “en el estado de necesidad excluyente de responsabilidad posee especial relevancia el hecho de que la actualidad del peligro comprende periodos de tiempo sustancialmente más grandes que la actualidad de agresión...esto rige sobre todo para el llamado peligro permanente, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa”(Roxin, 1997: p.903). En virtud de lo anterior, para el autor constituye un mal inminente aquellas situaciones de peligro permanente en que se presenta una situación de riesgo susceptible de convertirse en daño que se extiende en el tiempo, siendo el ejemplo más clásico el tirano familiar (Roxin, 1997: p.903), cuestión que resulta trascendente al momento de realizar un análisis de la causal, específicamente en los casos de mujeres homicidas en contexto de violencia intrafamiliar, ya que es esta figura la que determina la incorporación de la eximente por la Ley N° 20.480, no obstante que una vez promulgada la norma no lo señala explícitamente.

Por este motivo, se debe entender que la agresión en materia de violencia intrafamiliar es un atentado a un derecho fundamental, la vida, y, en ese sentido, quien atenta contra ese derecho no es preciso que agrede en el instante en que el ofendido reacciona, porque no se reacciona ante una agresión puntual, sino que en contra de una fuente de peligro (Defensoría Nacional, 2009: p.17).

En relación con la violencia intrafamiliar que se presenta en los casos estudiados en este trabajo, resulta complicado determinar el rol que cumple la violencia psíquica o psicológica en este aspecto, ya que a pesar de ser una concepción abstracta tiene una valoración jurídicamente relevante, de manera tal que si reviste el carácter de habitual resulta constitutiva de delito conforme al artículo 14 de la Ley de Violencia Intrafamiliar (Defensoría Nacional, 2009: p.6), donde la habitualidad es una condición *sine qua non* para configurar el delito. Para apreciar la habitualidad, el artículo 14 inciso 2° de la Ley N° 20.066 señala que se atenderá al número de actos ejecutados, así como la proximidad temporal de los mismos con independencia que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima.

Resulta trascendente tener en especial consideración la violencia psicológica al ser una manifestación común de la violencia intrafamiliar, la cual se traduce principalmente en amenazas y amedrentamientos, y constituye una antesala de los episodios denominados estallidos de violencia de acuerdo a los planteamientos del Ciclo de Violencia (Roa, 2012: p. 66).

Al respecto, el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, el día 21 de junio de 2013 dictó sentencia absolviendo a la imputada Karina Sepúlveda de los cargos imputados en su contra como autora de delito de parricidio en contra de su pareja aplicando la eximente de responsabilidad criminal en estudio, caso que alcanzó especial relevancia pública y jurídica en el país, ya que supuso por primera vez la aplicación del estado de necesidad exculpante consagrado en el artículo 10 N° 11. Karina había sido maltratada por su pareja durante 18 años de forma permanente hasta que el día 17 de octubre de 2011 con una pistola disparó en contra de su conviviente Claudio Reyes, quien se encontraba durmiendo, provocándole a causa del disparo una herida cráneo encefálico con salida de proyectil que le genera la muerte.

El tribunal dio por acreditado todos los requisitos del estado de necesidad exculpante contemplado en el artículo 10 N° 11, deteniéndose especialmente en las dos primeras circunstancias. En cuanto al mal grave, el juez razona que se cumple esta exigencia por estimar que la acusada se encuentra en una situación de peligro permanente, y que se identifica con el delito de maltrato habitual. Las agresiones reiteradas, tanto físicas como psicológicas, ocurrían

casi todos los fines de semana y dejaron más de sesenta y cuatro cicatrices en su cuerpo, fractura de mandíbula, deformación del cartílago derecho del oído, fractura antigua de la primera falange de un dedo y fractura de peroné; en la espalda presenta lesiones múltiples atribuibles a correazos y latigazos, y en el hombro lesiones producidas con elemento cortopunzante, todas acreditadas en juicio y acompañadas de evidencia médica.

Del mismo modo, considera el tribunal el mal inminente, puesto que al momento que despertará su marido éste la golpearía, supuesto basado en el pronóstico que la imputada conoce producto de la dinámica de la violencia intrafamiliar y en las reiteradas amenazas a la mujer. Esta convicción del juez se respalda aun más en el hecho que la semana anterior al homicidio la acusada fue golpeada casi todos los días y, el día antes del crimen, la ‘víctima’ golpeó al hijo que tenían en común provocándole múltiples lesiones.

No obstante, el Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad que fue acogido en Sentencia de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel el 27 de marzo, la cual obliga al tribunal a quo a pronunciarse nuevamente en sentencia el 21 de junio del mismo año, reiterando éste la concurrencia de todas las circunstancias de la eximente en cuestión.

La sentencia de la Corte que acoge el recurso de nulidad, señala respecto de esta circunstancia que no habría cercanía entre los hechos de violencia doméstica y la acción de matar, por tanto no se acredita la actualidad e inminencia del peligro para la mujer y su hijo. Asimismo, agrega que no existió mal alguno sobre ella, ya que no se demostró que el día el homicidio la acusada experimentó una situación diferente a las vividas que la hayan llevado a determinar que lo sucedido pusiera en riesgo su vida.

Siguiendo con la jurisprudencia, el Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago el día 28 de junio de 2012 condena a Inés del Carmen Fuentes Cornejo como autora del delito de lesiones menos graves en concurso con el delito de culposo de homicidio simple consumado. Este fallo, a diferencia del anterior, centra su análisis en la existencia del mal grave, actual e inminente, el cual no fue acreditado, ya que a pesar de probarse la relación violenta entre los convivientes, a juicio del tribunal ello no implica una situación de peligro para la acusada, todo

esto por existir antecedentes que el occiso era un jefe de hogar que estaba preocupado de los niños, antecedentes que no coinciden con la figura del tirano del hogar.

En otra vereda, el Juzgado de Garantía de Punta Arenas, el 5 de mayo de 2012, absuelve a la acusada Rita Elena Argel Paredes en virtud del estado de necesidad exculpante. El tribunal acredita la existencia del mal grave actual e inminente, debido a que Rita el día 1 de mayo de 2012 estaba siendo víctima de actos de violencia intrafamiliar por parte de su pareja, específicamente violencia psicológica que por su reiteración en el tiempo podría ser constitutiva de la figura de maltrato habitual consagrada en el artículo 14 de la Ley N° 20.066, razón por la cual estaba siendo actualmente víctima de un mal que le causaba su cónyuge, quien además dirigió malos tratos a su hija.

En último lugar, en el fallo de Nataly Rocío López Díaz el tribunal estima en el numeral decimoséptimo de la respectiva sentencia que no se acredita la presente circunstancia al señalar que la acusada obró motivada por celos, elemento que bajo ningún respecto puede ser considerado, de acuerdo a los parámetros objetivos, de la entidad o envergadura para quien los sufre, para estimar la gravedad necesaria para la circunstancia pretendida.

2. Inexistencia de otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal

El legislador en esta circunstancia acoge explícitamente el principio de subsidiariedad de acciones salvadoras, pues en el caso de existir diferentes medios para impedir el mal que se trata de evitar, la ley sólo aceptará el menos perjudicial y, que a su vez, sea practicable o se pueda poner en práctica (Politoff et al., 2001: p.231). El presente requisito hace alusión a los métodos con los que el agente disponía para evitar el mal amenazado (Vargas y Santibáñez, 2011: p.200) y se entenderá como la exigencia de que no exista otro medio que permita lograr el objetivo de evitar un mal con menor costo para los bienes jurídicos afectados, conforme al criterio hombre medio razonable y prudente en la situación concreta en la que se encontraba (Vidal, 2013: p. 247), de modo que, en caso de existir otro medio menos perjudicial la figura no es aplicable y sólo se recurrirá a la eximente incompleta del artículo 73 del Código Penal.

La causal en su naturaleza exculpante y atendida a su fundamento de inexigibilidad de otra conducta, no debería contener una exigencia de subsidiariedad, ya que la exigibilidad puede estar ausente inclusive en casos en que se ha optado por el medio practicable menos perjudicial, empero, una restricción de este tipo se explica en el carácter objetivo de la causal exculpante (Vidal, 2013: p. 247).

Esta circunstancia constituye un elemento negativo del estado de necesidad y alude a la idea de racionalidad de la conducta, la que debe entenderse mediante un ejercicio interpretativo, conforme al cual sea coherente con el hecho de que el mal causado sea el único medio para salvar el bien amenazado del mal actual o inminente (Vargas y Santibáñez, 2011: p.200), es decir, la acción cometida debe ser *ultima ratio*, de lo contrario no habría situación de necesidad.

Haciendo referencia a la racionalidad que se exige en la conducta, ésta implica la ausencia de una desproporcionalidad insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el mal que se causa, sin perjuicio de precisar las particularidades de la fórmula en supuestos especiales cabe reconocer que se dispone de un criterio mucho más preciso que los generalmente usados (Zaffaroni, 2002: p.612). En otras palabras, la racionalidad excluye las defensas que se tornan desproporcionales en comparación a la agresión inicial y, en consecuencia, carecen de legitimación, transformándose de esta manera en un límite más genérico a la defensa que la proporcionalidad, pues ésta dice relación más bien con los medios utilizados (Roa, 2012: p. 54). Asimismo, la racionalidad no se puede determinar en forma abstracta como la proporcionalidad, sino que dependerá de la situación concreta y las circunstancias particulares del caso (Bustos y Hormazábal, 1999: p.129). En particular, cuando se trata de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar no se pueden utilizar criterios estrictamente objetivos y en abstracto, ya que se estaría desconociendo el fenómeno que las hace diferentes al “hombre o mujer medio”.

Respecto al límite materializado en la subsidiariedad que exige este numeral, representa un claro obstáculo que dificulta la aplicación del estado de necesidad previsto en el artículo 10 N°11, así como sucede en el caso de peligro permanente que significa el “tirano del hogar”,

donde difícilmente se podrá dar cumplimiento a esta circunstancia si el autor hubiese podido repeler el peligro mediante la solicitud de ayuda a la autoridad pública o abandonando el hogar común (Vidal, 2013: p. 247), situaciones que, como bien sabemos, son vías legítimas, pero improcedentes de ser exigidas cuando carecen de posibilidades reales de impedir el mal que se trata de evitar (Villegas, 2010: p.162).

Un argumento recurrente en materia de violencia intrafamiliar es que la persona agredida debe denunciar la agresión, ya que de lo contrario, se torna difícil de probar la existencia del mal, situación que se relaciona directamente con un problema fáctico insalvable que corresponde a la pasividad generalizada que hay al momento de denunciar (Defensoría Nacional, 2009: p.7), pues si bien es cierto que existe la posibilidad de denunciar los maltratos, en reiteradas ocasiones no se producen por miedo al agresor y su reacción o bien por la esperanza de que la dinámica cambie, por lo tanto, su ausencia no implica que la agresión no exista.

Entonces, cabe preguntarse ¿son idóneas y suficientes para evitar el mal las medidas cautelares de protección establecidas en el artículo 9 de la Ley N° 20.066 y las denuncias previas que se exigen? Se hace necesario destacar que de existir otras alternativas menos lesivas para repeler la situación de peligro, éstas deben ser reales y objetivamente disponibles para el sujeto, no simples posibilidades teóricas (Roa, 2012: p.58). En el caso de las mujeres agredidas, los medios menos lesivos mencionados en la mayoría de las ocasiones se caracterizan por la imposibilidad de acceder a ellos de manera rápida y eficaz, por lo cual resulta trascendente que se tenga en consideración la posibilidad efectiva de acceder a éstos.

Asimismo, es importante considerar que el maltrato habitual al que están expuestas las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar puede distorsionar la consideración de una persona media, ya que su interacción con el mundo se vive desde la perspectiva del maltrato, una coacción constante, un constreñimiento a tolerar un estado no deseado por la víctima (Defensoría Nacional, 2009: p.16).

En el caso de Karina Sepúlveda ya explicado, el tribunal considera que la mujer no ve otra salida a su problemática y tiene la creencia que los actos que realice para escapar de la

dinámica que vivía no darán resultado fundamentándose en que su marido tenía una pistola bajo la cama con la cual dormía, poseía un arma blanca y antecedentes penales. Agrega que tampoco era solución abandonarlo y buscar ayuda en su familia dada la inexistencia de apoyo real y comprometido de sus padres hacia ella, junto con la circunstancia de que los padres de la acusada seguirían viviendo en el mismo lugar y el progenitor de ésta era amenazado por el occiso. Tampoco considera viable el tribunal realizar las denuncias pertinentes, dado que en la práctica se ha demostrado que no son efectivas, esto unido al temor que el agresor causaba en la acusada y, en caso de que éste ingresará a cumplir pena efectiva, algún día saldría. Asimismo, el tribunal estima que existen razones para entender que la acusada actuó esperando la indefensión del agresor dado la superioridad física de éste en relación con ella.

No obstante, en la sentencia que acoge la nulidad dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel respecto del mismo caso, el tribunal reprocha en el considerando undécimo la no utilización de medidas de protección idóneas, indicando que la acusada podría haber acudido a su familia y dar cuenta de los maltratos a la policía u otros organismos competentes, enfatizando en la existencia de otros medios lícitos y menos lesivos que podría haber adoptado.

En cuanto al fallo del Tribunal de Garantía de Punta Arenas, y desde una vereda contraria a la tónica dada en tribunales, en su considerando décimo expone que la acusada al sólo tener un cuchillo en sus manos, dado que estaba pelando papas, parece ser el único medio disponible lesionar al occiso para obtener el cese de los actos de violencia en su contra y en contra de su hija.

Sin embargo, el criterio utilizado por el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto y el Tribunal de Garantía de Punta Arenas no es la regla general, ya que los tribunales se inclinan por el criterio utilizado por la Corte de Apelaciones de San Miguel respecto del caso de Karina Sepúlveda o simplemente no se pronuncian sobre este requisito por desestimar la procedencia de la eximente en la primera circunstancia, este es el caso del fallo dictado por el Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, donde el tribunal no desarrolla este requisito centrandó sólo su análisis en la inexistencia de un mal grave, actual e inminente.

En definitiva, esta circunstancia se convierte en uno de los principales inconvenientes para aplicar la hipótesis planteada, pues el análisis de las posibilidades con las que cuenta quien actúa en estado de necesidad normalmente se hace en abstracto, quitando importancia a las circunstancias personales del autor y a aquellas que lo rodean en el momento en que decide emprender la acción lesiva con la finalidad de salvar el bien jurídico propio (Roa, 2012: p.58). Esto se ve influenciado por los mitos sociales que rodean este tipo de violencia, los cuales colaboran a que se establezca constantemente infinitas posibilidades menos lesivas para las mujeres afectadas, las que resultan ser soluciones hipotéticas alejadas de la realidad, pero que traen como consecuencia la no aplicación de esta herramienta de defensa que tienen en este tipo de situación.

Por último y en virtud de la problemática ya planteada, respecto a la exigencia de la utilización de la vía menos lesiva, Larrauri y Verona señalan que el uso de un medio que no era el menos lesivo en el caso concreto, no es suficiente para eliminar la situación de necesidad, ya que el conflicto sigue existiendo de todas maneras (Larrauri y Varona, 1995: p. 71), cuestión que tribunales deben tener presente a la hora de determinar la procedencia de esta causal y, en consecuencia, la responsabilidad de una mujer que ha matado a su agresor, pues resulta determinante.

3. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita

Precisando esta circunstancia, se entiende por mal causado la conducta típica, la cual es justificada o exculpada, según sea el estado de necesidad invocado (Acosta, 2013: p. 708).

El mal causado puede ser menor al mal evitado, igual o incluso superior. Si el mal que se produce es inferior al que se trata de evitar estaríamos frente a una hipótesis de estado de necesidad justificante consagrado en el artículo 10 N°7 del Código Penal, pues el Derecho puede autorizar la afectación de un mal menor para salvar uno mayor cuando no haya otro medio practicable menos perjudicial (Vargas y Santibáñez, 2011: p. 200). Este requisito diferencia al estado de necesidad contemplado en el artículo 10 N° 11 con el estado de

necesidad justificante del artículo 10 N°7, en vista que éste no presenta límite en la clase de mal que requiere, a saber, necesario.

Si el mal causado es igual o superior (no sustancialmente superior) al mal que se trata de evitar corresponde al estado de necesidad exculpante, ya que a diferencia del caso anterior, el Derecho no autoriza esta clase de afectación, pero puede comprender conductas antijurídicas si la infracción de la norma no es exigible en las circunstancias de peligro que se encuentra el sujeto, exigencia que debe ser de tal entidad que la libertad del agente se encuentre limitada a modo de no poder deliberar (Vargas y Santibáñez, 2011: p. 201).

Cabe destacar que puede ser cualquier bien protegido jurídicamente y su afectación no se limita a los daños para que proceda la eximente (Vargas y Santibáñez, 2011: p.200).

Esta circunstancia al hacer referencia a que el mal no sea “sustancialmente” superior, se refiere al límite para la comparación de males, adicional a la gravedad exigida en la primera circunstancia y dicha ponderación debe hacerse conforme al objeto de las normas que entran en conflicto (Vargas y Santibáñez, 2011: p.201), en otras palabras, la ponderación es sobre los males que amenazan los bienes jurídicos y no los bienes jurídicos en sí (Vidal, 2012: p. 246). Respecto de este punto resulta indispensable, en palabras de Vargas y Santibáñez, tener presente la dignidad humana como criterio que impida utilizar como objeto al individuo y sus derechos fundamentales (Vargas y Santibáñez, 2011: p. 201), en consecuencia, deben ponderarse los males teniendo en consideración todos los intereses comprometidos, ya que los bienes jurídicos en conflicto se aprecian en cuanto a su importancia y entidad, no pudiendo ser valorados en abstracto (Cury, 2005: p. 260).

Así, la ponderación no se vincula a la jerarquía de los bienes jurídicos afectados y considera otros factores como lo es la intensidad de la afectación, grado de proximidad del peligro y magnitud de daño con que se amenaza, vale decir, una determinación objetiva y concreta (Vidal, 2013: p. 246), de manera que una vez aplicados los criterios se podrá determinar la entidad del mal causado para evitar otro y si éste es o no sustancialmente superior. En virtud de esto, se entiende por mal sustancialmente superior todo aquel que comparado al evadido presenta una desproporción significativa (Acosta, 2013: p. 766),

pasando a ser un verdadero límite para la aplicación de la causal consagrada en la presente norma.

Respecto a esta circunstancia, la sentencia del polémico caso de Karina Sepúlveda considera el amplio período que la mujer sufrió maltratos físicos y psicológicos y que dicha violencia fue en escalada, lo cual implica que el bien jurídico vulnerado desde la perspectiva de la mujer fue su integridad física y la inminencia del peligro para su vida, de modo que el tribunal estima procedente aplicar el aforismo relativo a que el derecho no exige heroísmo a los sujetos imperados.

En cuanto a la sentencia que acoge la nulidad en el caso de Karina Sepúlveda, en su considerando octavo señala que existe falta de proporcionalidad del mal causado en relación al evitado, toda vez que indica que al evitar el mal se causó otro de mayor entidad. Además, señala que existió temor de que se cometiera un mal grave, pero que dicho mal no podía ser mayor que el causado para evitarlo, que en este caso fue quitar la vida de su pareja.

En otro orden, en el fallo dictado por el Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago sobre la causa de Inés del Carmen Cifuentes Cornejo, el tribunal no desarrolla este requisito, ya que centra su análisis en la inexistencia de un mal grave, actual e inminente, descartando de inmediato el estado de necesidad exculpante.

El fallo del Juzgado de Garantía de Punta Arenas sobre la acusada Rita Elena Argel Paredes, en su considerando décimo señala respecto de este requisito que el resultado de la acción de la acusada una lesión médicamente leve, el mal causado no es sustancialmente superior al que pretendía evitar, ello tanto por la escasa gravedad de la herida como por el tratamiento penal que ésta tendría, pues la penalidad de las lesiones menos graves es inferior a la del desacato e idéntica al maltrato habitual.

En virtud de lo expuesto, cuando el bien amenazado es la vida o la salud, es posible defenderse lesionando e incluso matando al causante del peligro, aunque el interés propio en la integridad y la vida no sea sustancialmente preponderante o no sea en absoluto preponderante o incluso sea inferior al interés de la víctima en los mismos bienes jurídicos

(Roxin, 1997: p.706). Sin embargo, Roxin se vuelve a referir a esta situación señalando que por el contrario, en el caso de que se mate mientras duerme al padre que maltrata brutal y constantemente a su familia, hay que excluir absolutamente la justificación del estado de necesidad –incluso aunque sea imposible avisar a las autoridades o se haga sin resultado– pues un derecho a matar solo puede existir dentro del marco de la legítima defensa, y en el caso de estado de necesidad defensivo, puede haberlo a lo sumo en caso de un peligro similar a la agresión, agudo e inminente para la vida o la integridad. Por consiguiente, el hecho de matar al tirano familiar sólo puede a lo sumo exculparse conforme al estado de necesidad exculpante” (Roxin, 1997: p.707).

4. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

La función que cumple esta circunstancia es la de aclarar que la eximente no procederá cuando el mal haya sido intencionalmente originado por el sujeto que actúa necesariamente o cuando éste, por su oficio o cargo, tenga la obligación de exponerse al peligro. Al mismo tiempo la circunstancia prevé la exclusión de la eximente cuando, actuando a favor de un tercero, éste haya tenido incidencia en el origen del mal o por su cargo u oficio deba exponerse al peligro y quien actúa tiene un conocimiento real o potencial de dicha coyuntura (Castillo, 2016: p. 253).

Esta circunstancia no alude a la falta de provocación de quien causa el mal, pero sí excluye el hecho si el sujeto es el mismo que origina el mal amenazado, ya que éste debe cargar con las consecuencias del peligro que él provoca (Vargas y Santibáñez, 2011: p. 202).

En efecto, este requisito deberá apreciarse en el sentido que no exista una obligación de tolerar el mal que recae sobre el bien jurídico en cuestión, propio o ajeno, de manera que resultará improcedente esta circunstancia en los casos que exista para determinados sujetos la obligación de tener mayores umbrales de resistencia conforme a las funciones sociales que cumplen como, por ejemplo, la policía, médicos, bomberos, entre otros. En base a lo anterior,

en el contexto de violencia intrafamiliar, no es posible atribuir a la víctima de este tipo de violencia una conducta provocadora que le haga merecedora de tales agresiones (Tapia Ballesteros, 2014: p. 55).

Es importante destacar que la exigencia legal es de tolerar el mal y no de sacrificar el bien jurídico, exigencia que, además, debe ser apreciada con un criterio *ex ante* y considerando las circunstancias objetivas del caso (Acosta, 2013: p.708).

Empero, es posible una interpretación más general respecto de este requisito, atendido a que sólo sería susceptible de favorecerse por esta causal aquel sujeto en quien concurre efectivamente una alteración del contexto que perturbe significativamente su voluntad o libertad, de manera tal que el sacrificio no le sea exigible, por el contrario, el sacrificio del bien amenazado le será razonablemente exigible si no existe tal alteración significativa (Vidal, 2013: p.249). El legislador con este numeral demanda la presencia real de la alteración del contexto que perturbe significativamente la voluntad del sujeto (Vidal, 2013: p.250), como ocurre en el caso de mujeres que matan a su pareja en un contexto de violencia intrafamiliar, alejándose de las causales objetivas de exculpación.

Frente a esto, es de suma importancia volver a destacar la presencia del elemento subjetivo en el estado de necesidad que consagra el artículo 10 N°11, el cual se infiere de la obligación que recae en quien actúa bajo estado de necesidad de hacerlo con conciencia que dicha acción la ejecuta para evitar un mal grave. Asimismo, es necesario señalar que en los casos de estado de necesidad justificante el ordenamiento jurídico no exige este requisito, ya que tal circunstancia sería genéricamente cumplida por quien causa un mal menor que el evitado (Vidal, 2013: p.249).

Básicamente, y al igual que en la legítima defensa, con este requisito se trata de excluir hipótesis de agresores injustos que deben soportar el mal, pero también aquellos casos en los que el mal amenazado está legítimamente inferido si el sujeto por su función, cargo o posición debe soportar riesgos (Vargas y Santibáñez, 2011: p.202).

Los tribunales son acuciosos respecto a que en la solicitud de absolución realizada por la defensa deben proceder los cuatro requisitos establecidos en el respectivo artículo. La sentencia dictada en la causa seguida contra Karina Sepúlveda respecto al cuarto requisito señala que se estimó aprobado al no existir obligación de sacrificio por parte de la acusada de tener que aguantar maltratos que afecten su vida.

Desde otra perspectiva, el fallo del Juzgado de Garantía de Punta Arenas, en su considerando décimo, señala en virtud de esta circunstancia que no es exigible a la acusada Elena Argel Paredes tolerar ser víctima de violencia intrafamiliar. En su favor se establecieron medidas accesorias en sentencias que condenaron a José Mancilla, las que no fueron eficaces para que él modificara su conducta, además al momento que el occiso concurre al domicilio de la acusada no existía ningún órgano del Estado que evitase el mal que sufría, de modo que la ley le autoriza a actuar en defensa de su integridad física y psíquica repeliendo el injusto ataque del que era objeto.

Finalmente, es necesario destacar que si falta alguno de estos requisitos, salvo el primero, se configura una atenuante que puede ser privilegiada si se dan los supuestos del artículo 72 del Código Penal, plenamente aplicable a la especie, toda vez que se trata de una nueva causal de exención de responsabilidad penal con requisitos enumerados por la ley (Vargas y Santibáñez, 2011: p.202).

Estudiados todos los requisitos necesarios para la conformación de la eximente, es preciso resaltar que no existe uniformidad en los criterios utilizados por los diferentes tribunales para acreditar o rechazar la aplicación de la causal, existiendo en algunos casos un enfoque que garantiza los derechos de la mujer que ha sido víctima de violencia intrafamiliar atendiendo a la circunstancia en la que se encuentra a la hora de cometer el delito y, por otro lado, una visión alejada de la realidad actual donde no se le otorga la relevancia que demanda el fenómeno expuesto.

Referente al primer requisito, es el que más ha sido analizado por los tribunales en las sentencias mencionadas, pues en éste radica la configuración del estado de necesidad exculpante. El segundo requisito también es estudiado por la mayoría de los tribunales, sin

embargo, es aquel que genera mayores problemas al momento de aplicarlo a los hechos, ya que la utilización del medio menos lesivo en los casos de violencia intrafamiliar no puede ser apreciado en abstracto, debiendo tener en consideración todas las circunstancias que rodean a la mujer. En consideración al tercer requisito, la problemática que surge es respecto a la ponderación de males y los elementos que deben tener relevancia para determinar si el mal causado es sustancialmente superior al que se trata de evitar. En último lugar, el requisito anteriormente señalado no genera mayores problemas ya sea porque no existen reparos en cuanto a la obligación de soportar el mal en el caso de una mujer víctima de violencia intrafamiliar, o bien, porque los tribunales no alcanzan a analizar este requisito producto de ser rechazada con anterioridad la aplicación de la causal.

V. CONCLUSIONES

La nueva eximente de responsabilidad penal contemplada en el artículo 10 N° 11 del Código Penal no tiene claramente delimitado su alcance producto de las diferencias existentes entre el proyecto y la redacción final de la norma, al no lograrse el propósito legislativo al aprobar la ley que la incorpora, razón por la cual la aplicación en la práctica no es la esperada abarcando situaciones que no se tenían contempladas en la discusión parlamentaria. Empero, es claro que la especial condición de la mujer víctima de violencia en el contexto intrafamiliar explica las diversas reformas legales introducidas por la Ley N° 20.480, ya que es en este ámbito donde se producen las agresiones más graves y violentas hacia la mujer.

En todos los casos jurisprudenciales expuestos se evidencia un problema de igualdad que el legislador no ha establecido explícitamente, de manera tal que es tarea del juez considerarlo a la hora de tomar una decisión y dictar sentencia. A pesar de ello, dichas diferencias entre hombre y mujer no son consideradas, lo cual implica desconocer que en reiteradas oportunidades, no sólo en el contexto estudiado en este trabajo, que los hechos superan el derecho.

Por este motivo, es imprescindible que los tribunales aprecien prudencialmente los requisitos de la eximente en base a las circunstancias de hecho que rodean el caso al momento de determinar la responsabilidad penal de la acusada. No obstante, todavía existen aprehensiones por parte de tribunales para estimar que una mujer víctima de violencia intrafamiliar pueda estar exculpada por su actuar e incluso justificada.

Una de las mayores dificultades cuando se busca aplicar la figura del estado de necesidad exculpante en los casos de mujeres que dan muerte a sus agresores en un contexto de violencia intrafamiliar constante, especialmente cuando la posibilidad de éste se encuentra disminuida, es el requisito de la actualidad e inminencia del mal que se trata de evitar. Respecto a este punto, la violencia psicológica, manifestada principalmente en amenazas, no es tomada en consideración por los tribunales para determinar la procedencia de esta circunstancia, desconociendo así la importancia que demanda este tipo de violencia, pues en la mayoría de los casos constituyen la antesala de los estallidos de violencia física.

Así la mayoría de los fallos analizados descartan la aplicación de la eximente rápidamente al estimar que no hay actualidad de la agresión y tampoco inminencia cuestionando el fenómeno de violencia intrafamiliar al que están expuestas y el hecho que éste presenta un peligro permanente. Dentro de la escasa jurisprudencia al respecto, la sentencia del polémico caso de Karina Sepúlveda ha sido una de las pocas que ha analizado la totalidad de los requisitos que exige la ley para configurar la causal, fallo que basa la concurrencia del estado de necesidad exculpante a la luz de una interpretación con perspectiva de género.

Asimismo, en caso de que la violencia intrafamiliar se acredite en juicio, la eximente tampoco es aplicada por el constante cuestionamiento del segundo requisito exigido, debido a que en la mayoría de los fallos analizados se reprocha la no utilización de otros medios menos lesivos como, por ejemplo, recurrir a familiares o autoridades competentes realizando las denuncias respectivas, sin atender a la poca efectividad e idoneidad que estos medios presentan en la práctica, pues no basta con posibilidad hipotéticas, sino que deben estar disponibles verdaderamente para la mujer que es agredida.

La realidad de la violencia que existe contra la mujer, sobre todo en el ámbito de pareja, trae serias consecuencias tanto a nivel físico como mental, lo cual sumado al carácter cíclico de la violencia intrafamiliar trae como consecuencia un peligro permanente para la víctima. Es por ello que todas estas circunstancias o elementos deben ser considerados por tribunales al momento de determinar la responsabilidad criminal de mujeres que en realidad son víctimas de este fenómeno, lo cual requiere un análisis de los requisitos de la eximente atendiendo exclusivamente a la mujer situada en dicho escenario y entendiendo que el criterio de “hombre” o en este caso “mujer media o razonable” debe ser entendido a la luz de las particularidades ya mencionadas, dando de esta manera contenido real a todas las exigencias planteadas por la norma.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Bustos, Juan y Hormazábal Malaree (1999): *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Trotta, Madrid.
2. Castillo, Juan Pablo (2016): “El estado de necesidad del artículo 10 N°11 del Código Penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”, en *Política criminal*, Vol.11, N° 22, p. 340-367.
3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001): Informe N° 54/01 Caso 12.051, María de Penha Maia Fernandes, p.1-4.
4. Compagnucci de Caso, Rubén (2007): “El estado de necesidad y los daños causados”, en *Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*. p. 189
5. Corn, Emanuele (2014): “La revolución Tímida, el tipo de femicidio introducido en Chile por la ley n°20.480 desde una perspectiva comparada”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, sección: estudios*, Coquimbo, año 21 - n° 2, 2014, p. 103-136.
6. Cury Urzúa, Enrique (2005): *Derecho Penal. Parte General*, 7° Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
7. Defensoría Nacional (2009): La Ley 20.066. Determinación de la violencia psicológica y los presupuestos de admisibilidad de la legítima defensa”.
8. Garrido Montt, Mario (2005); *Derecho Penal*, Tomo III, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
9. Historia de la Ley N° 20.480. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, 2010.
10. Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas (2002), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5° edición, Comares, Granada (Traducción de Miguel Olmedo Cardenete).
11. Lagarde, Marcela (1997); “Identidad de género y derechos humanos: la construcción de las humanas”, en *Caminando hacia la igualdad real, Programa mujer, justicia y género*. ILANUD, San José.
12. Larrauri, E. y Varona, D. (1995): *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona.
13. Novoa Monreal, Eduardo (2010): *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo I, 3° Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
14. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (2014): La Ley 11.340 María de Penha, de Brasil: Un avance en la garantía de la autonomía física de las mujeres. p.1-14.
15. Politoff, S; Matus, J.P y Ramírez, M.C (2001): *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, 2° Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

16. Quintero Olivares, Gonzalo (2005): *Comentarios al nuevo Código Penal*, 4° edición, Aranzadi, Navarra.
17. Roa Avella, Marcela (2012): “Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante”, en *Nova et vetera*, N°21, p.49-70.
18. Roxin, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid (Notas y traducción de DM. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal).
19. Santibáñez, M.E y Henríquez, I. (2013): “La defensa de necesidad en la regulación penal chilena. Aproximación dogmática a partir de una reforma”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 15, N°2, pp. 11-39.
20. Santibáñez, M.E y Vargas, T.(2011): “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Vol. 38, N° 1, p. 193- 207.
21. Sassón, Isidoro (2003): “ El estado de necesidad en el Código Penal Argentino”, en *Comunicaciones científicas y tecnológicas*, Universidad Nacional del Nordeste, Resumen S-017, p 1-4.
22. Silva Sánchez, Jesús María. (1982): “Sobre el Estado de Necesidad en el Derecho Español” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP*, Tomo XXXV, Fascículo III,, pp. 663 - 691. Madrid
23. Taladriz, M.J Coord. (2012): “Manual sobre investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile” Fiscalía, Ministerio Público. LOM Ediciones. Santiago.
24. Tapia Ballesteros, Patricia (2014): “Legítima defensa. Requisitos y aplicabilidad en supuestos de violencia de género”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N°6, pp.37-60.
25. Toledo Vásquez, Patsilí (2009): *Femicidio / Femicidio*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (oacnudh) México.
26. Van Weezel (2013): *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Legal Publishing, Santiago.
27. Vidal Moya, Víctor Manuel (2013): “Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la Ley 20.480”, en *Ars boni et Aequi*, N°2, pp. 237-253.
28. Villegas Díaz, Myrna (2010): “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N°2, pp. 149-174.

29. Villegas Díaz, Myrna (2012):“El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado”. Polít. crim. Vol. 7, N° 14 , Art. 2, pp. 276 - 317.
30. Zaffaroni, Eugenio (2002): *Derecho Penal. Parte General*, 2° ed., Ediar, Buenos Aires.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

1. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó (2013), caso Nataly Rocío López Díaz. RUC N° 1101052014-4, RIT N°, 124 – 2013.
2. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto (2013), caso Karina del Carmen Sepúlveda Cisternas. RUC N° 1101060685-5, RIT N°, 166 – 2012. Rol ingreso Corte 133-2013, Corte de Apelaciones de San Miguel.
3. Sentencia dictada por el Juzgado de garantía de Punta Arenas, (2013), caso Rita Elena Argel Paredes. RUC N° 1200446739-4 RIT N° 1646 – 2012.
4. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago (2012), caso Inés del Carmen Cifuentes Cornejo. RUC N° 1101043228-8, RIT N°, 1646 – 2012.