



**“¿CÓMO REGULA EL ESTADO DE
NECESIDAD EXCULPANTE EL CÓDIGO PENAL
CHILENO?”.**

(TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO)

AUTOR: JUAN PABLO CASTILLO MORALES

PROFESOR GUÍA: DR. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

ENTREGA: OCTUBRE DE 2011

INDICE

	Páginas
Resumen.....	4
Palabras claves.....	4
 CAPÍTULO I	
GÉNESIS Y DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY NÚMERO 20.480, QUE INTRODUCE EL NUEVO NÚMERO 11 AL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.	
1. El estado de necesidad exculpante en la discusión parlamentaria de la Ley número 20.480.—.....	5
2. Fases finales de la tramitación y la norma finalmente aprobada.—	14
 CAPÍTULO II	
ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE Y CUESTIONES GENERALES DEL ARTÍCULO 10 NÚMERO 11 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.	
1. Delimitación entre el estado de necesidad exculpante, fuerza irresistible y miedo insuperable.—.....	16
2. Teoría de la diferenciación.—	26
3. Fundamento material del estado de necesidad exculpante.—	35
4. Cuestiones generales del tipo.....	40
4.1. Bienes jurídicos involucrados en la colisión.....	40
4.2 Sujeto activo, auxilio de terceros y personas que tienen la obligación jurídica de intervenir.—.....	45

CAPÍTULO III**REQUISITOS CONTENIDOS EN EL NÚMERO 11 DEL ARTÍCULO 10 DEL
CÓDIGO PENAL CHILENO.**

1. Observación metodológica previa.—.....	53
2. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.—.....	53
3. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.—.....	62
4. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.—.....	65
5. 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 (complemento).—.....	69
BIBLIOGRAFÍA	73

¿CÓMO REGULA EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE EL CÓDIGO PENAL CHILENO?

Resumen: La Ley número 20.480, de diciembre de 2010, reforma el Código penal chileno e introduce, entre otras figuras, el llamado estado de necesidad exculpante. Esta causa de disculpa jurídico-penal, cuyo reconocimiento dogmático estaba asociado, con anterioridad a la enmienda, a institutos desemejantes en su naturaleza y caracteres, permite cubrir todas aquellas situaciones en que se enfrentan, respecto de bienes jurídicos equivalentes, males que cumplen determinados requisitos. La primera parte de esta investigación procurará explicar cómo tuvo lugar esta innovación en el contexto de la Ley que lo introdujo. En ese cometido, se emplea como principal fuente las actas de la correspondiente discusión parlamentaria. A continuación, se examinan cuestiones generales relacionadas con el estado de necesidad exculpante, como su fundamento y naturaleza, amén de iniciar un ejercicio de cotejo o contraste frente a ordenamientos que ya reconocían la figura y que sirvieron de guía, de un u otro modo, en la creación del legislador. La parte final de este trabajo, de análisis fundamentalmente dogmático, intenta reconstruir e interpretar los términos elegidos por el legislador para regular esta variante de estado necesario.

Palabras clave: Ley número 20.480, estado de necesidad, teoría de la diferenciación, estado de necesidad exculpante, inexigibilidad de otra conducta, artículo 10 número 11 del Código penal.

CAPÍTULO I

GÉNESIS Y DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY NÚMERO 20.480, QUE INTRODUCE EL NUEVO NÚMERO 11 AL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.

SUMARIO: 1. El estado de necesidad exculpante en la discusión parlamentaria de la Ley número 20.480.— 2. Fases finales de la tramitación y la norma finalmente aprobada.—

1. *El estado de necesidad exculpante en la discusión parlamentaria de la Ley número 20.480.*— En las fases legislativas preliminares de lo que culminó en la Ley número 20.480, y en vista del contexto que posibilitó su moción¹, no se tuvo en vista, sin embargo, incluir dentro de ella una disposición con efectos exculpantes. Por el contrario, de sólo tres disposiciones, la iniciativa tuvo por objeto, en primer lugar, incorporar conceptualmente el tipo de «femicidio» —término no reconocido por nuestra lengua—, como todo homicidio en que la víctima sea la cónyuge, conviviente o cualquier mujer con la que el agresor está o haya estado ligado por alguna relación afectiva; disminuir, en seguida, la aplicación de la atenuante contemplada en la circunstancia 5ª del artículo 11 del Código punitivo, normalmente invocada por la defensa de los victimarios; y, finalmente, eliminar la posibilidad de acceder a la libertad condicional por parte de condenados por delitos de connotación familiar especialmente graves, que implicaba, a su turno, una enmienda al Decreto ley número 321 de 1925².

La moción reposó en el Parlamento durante el arco de cinco meses, hasta que el 5 de septiembre de 2007 fue refundida en un artículo único³, cuyo número 1 incluía el primer

¹ Promovida por los diputados Francisco Encina, Carolina Goic, Antonio Leal, Adriana Muñoz, Clemira Pacheco, María Antonieta Saa, Alejandra Sepúlveda, Carolina Tohá, Ximena Valcarce y Ximena Vidal. La iniciativa tuvo lugar el día 3 de abril de 2007, mediante el Boletín 4937-18, Sesión 08, Legislatura 355.

² *Historia de la Ley n° número 20.480. Modifica el Código Penal y la Ley n° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “Femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma de las normas sobre Parricidio.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Valparaíso, 2010, cfr. págs. 5 y 6.

³ En cuya confección intervinieron los diputados Jorge Burgos, Guillermo Ceroni, Alvaro Escobar, María Antonieta Saa, Alejandra Sepúlveda, Laura Soto y Raúl Sunico. *Historia*, etc., cit., cfr. pág. 8.

antecedente de lo que concluyó siendo el nuevo número 11 del artículo 10, por cuanto sustituía la frase “o impulsado por un miedo insuperable”, contenido en el número 9 —y que en este proyecto legislativo pasaba a ocupar el número 10—, por la frase “bajo la amenaza de sufrir un mal grave o inminente”⁴. En efecto, esta moción refundida — justificada tras una relación con alcances históricos, sociológicos, criminológicos y de Derecho comparado—, aspiró, amén de excluir dudas acerca de lo arraigado de una subcultura machista en las sociedades contemporáneas, demostrar que numerosos ordenamientos incluyen, dentro de sus disposiciones, una eximente de responsabilidad penal de esta naturaleza, ora en la fórmula de obrar bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente —como acontece en la Argentina⁵—; ora en la de obrar constreñido por un peligro actual de un daño grave o amenaza de éste, cual hace el Código penal italiano⁶; ora, en fin, contemplando la eximente de obrar bajo amenaza para la vida, integridad corporal o libertad, como ocurre en el Perú⁷.

⁴ Y el número 10, por su parte, la del derogado número 11. *Historia*, etc., cit., pág. 25. En ese evento, la eximente sólo hubiere señalado: “10°. El que obra violentado por una fuerza irresistible bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente”.

⁵ *Historia*, etc., cit., pág. 12. El Código penal trasandino, en efecto, en su artículo 34 inciso segundo, reza: “No son punibles: El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente”. Según Zaffaroni, el obrar violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente supone un estado de necesidad exculpante. *Derecho penal*, Parte general. Obra escrita en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Ediar, Buenos Aires, 2002, 2ª ed., cfr. págs. 675 y 744.

⁶ *Historia*, etc., cit., cfr. págs. 11 – 12. La referencia es a su artículo 54, norma que regula el *stato di necessità*, y cuyo párrafo primero señala: “No será punible quien haya cometido un hecho por haberse visto obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro.

Esta disposición no se aplica a quien tiene un particular deber jurídico de soportar el peligro.

La disposición de la primera parte de este artículo será también aplicable cuando el estado de necesidad sea determinado por amenaza ajena; pero, en este caso, del hecho cometido por la persona amenazada responderá el que la haya obligado a cometerlo”. Sobre las distintas posturas en Italia acerca de la naturaleza jurídica del estado de necesidad, puede examinarse a Bettiol, *Derecho penal*. Parte general (trad. de José León Pagano), Temis, Bogotá, 1965, 4ª ed., págs. 297 – 298; Antolisei, *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1988, 8ª ed., corregida y actualizada al cuidado de Luigi Conti, págs. 213 – 218; y Marinucci y Dolcina, *Manuale di Diritto Penale*. Parte generale, Giuffrè, Milano, 2006, 2ª ed., págs. 224 – 225.

⁷ *Ibidem*, cfr. pág. 13. La alusión a la norma peruana, que es el artículo 20 del Código penal amadruga, en términos implícitos, la distinción, de cuna germana, entre estado de necesidad justificante (número cuarto) y estado de necesidad exculpante (número quinto), en el siguiente tenor: “Artículo 20: Inimputabilidad. Está exento de responsabilidad penal: 4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta

En esos términos, el proyecto pasa al análisis de la Comisión de familia de la Cámara de diputados⁸, que, a diferencia de la moción refundida, opta por ofrecer al debate parlamentario un artículo que en lugar de sustituir la frase “o impulsado por un miedo insuperable” por “bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente” —con la alteración que ello suponía del orden de circunstancias eximentes que prevé el Código—, sólo añadía al final del número 9 del artículo 10 la frase “o bajo la amenaza de un mal grave e inminente”⁹.

Esta nueva propuesta no estuvo exenta de discrepancias al interior de dicha Comisión. Raúl Carnevali, invitado a informar ante ésta, afirmó, a partir de la escasa jurisprudencia que recoge el número 9 del artículo 10 respecto de mujeres parricidas, considerada por ella sólo como una atenuante calificada, que el proyecto constituía un avance, ya que amparaba, por esta vía, a la mujer paciente de malos tratos, toda vez que “contribuía a otorgar un mayor espacio a la interpretación y a la actuación de los tribunales en la consideración de estas situaciones de agresión, que muchas veces motivaban los parricidios cometidos por mujeres”¹⁰. Por su parte, la profesora Lidia Casas Becerra, luego de hacer una descripción

predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro; 5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”. Una referencia a esta disposición, con motivo del instituto en que se sustenta, puede verse en García Soto, *El estado de necesidad en materia penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1999, cfr. págs. 233 y 234.

⁸ Cuyos integrantes constan en la *Historia*, etc., cit., págs. 27 y 28.

⁹ En cuyo caso el número hubiere dispuesto: “10°. El que obra violentado por fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable o bajo la amenaza de un mal grave e inminente”.

¹⁰ *Historia*, etc., cit., cfr. pág. 71. Una visión similar, por cuanto acredita una tendencia jurisprudencial, siempre escasa, a favor de exención penal por la vía de la exculpación, la sustenta Villegas Díaz, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 2, Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 2010, pág. (149 – 174) 165. Otros, en cambio, estiman que la respuesta defensiva de la mujer homicida paciente de agresiones *ex ante* y no *ex post*, debe estimarse como un curso de acción jurídicamente aceptable, es decir, justificado. Así, Muñoz Conde, “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, Universidad de Chile, Santiago, 2009, págs. 32 y 33.

fáctica del contexto, creyó, en cambio, más oportuno modificar el número 4 del artículo 10, que regula la legítima defensa¹¹. En un sentido similar, se pronunció Carlos Maldonado, a la sazón ministro de Estado¹².

También intervino el profesor Jaime Vera Vega, quien, crítico, estimó “desaconsejable” introducir un cambio parcial en la regulación de lo que él llama *causas de inexigibilidad de otra conducta*, que, según su parecer, demandan un análisis conjunto. Sostuvo que la propuesta en discusión “reduce injustificadamente el ámbito de acción de la eximente de fuerza irresistible, al exigir un acto de amenaza de parte del hechor, dejando fuera otras situaciones que hoy quedan comprendidas en la disposición, como el estado de conmoción psíquica que puede producir en la víctima la sola presencia del agresor. Esta situación — continuó—, muy frecuente en el ámbito de las relaciones en que inciden los proyectos, paradójicamente quedaría excluida del beneficio exculpatorio que contempla la norma”¹³. En seguida, el entonces defensor nacional público, Eduardo Sepúlveda Crerar, fue más allá y propuso a la Comisión una redacción distinta del precepto. La propuesta —que rezaba “El que obra violentado por una fuerza irresistible, impulsado por un miedo insuperable, o bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente” que distingue, mediante comas, tres hipótesis distintas—, estimó, de una parte, reflejaba en mejores términos el contexto de la violencia de género; y, de otra, no circunscribía la fuerza irresistible al concepto de amenaza o a ser resultado o producto de ésta¹⁴.

¹¹ *Historia*, etc., cit., cfr. pág. 78. De esta opinión, también, Hernández Basualto, “Comentario al artículo 10 número 11”, en *Código penal comentado*. Parte genera. Doctrina y jurisprudencia. Jaime Couso Salas y Héctor Hernández Basualto (Directores), AbeledoPerrot, Santiago, 2011, cfr. pág. 269. El autor señala que si la finalidad de la Ley que introdujo esta causa de inculpabilidad era permitir de un modo relativamente expedito la exención de responsabilidad de la mujer que, cansada de constantes maltratos y temerosa de ser nuevamente paciente de ellos, “lo pertinente era construir una variante privilegiada de la legítima defensa, en términos de relativizar la exigencia de actualidad o inminencia que unánimemente se exige para la «agresión ilegítima»”.

¹² *Ibidem*, cfr. pág. 111.

¹³ *Ibidem*, pág. 92.

¹⁴ *Ibidem*, cfr. pág. 108.

El representante del servicio nacional de la mujer, Marcos Randón, hizo constar el parecer que sobre el particular tuvo el Ejecutivo, al manifestarse contrario a una reforma de esta índole, toda vez que “sumaba requisitos a eximentes ya existentes y de plena aplicación, haciendo más compleja y difícil su utilización”¹⁵. En los antípodas se manifestó el representante del ministerio público, Iván Fuenzalida Suárez, quien sostuvo, atendida la redacción que tendría la circunstancia eximente de incorporarse la propuesta en discusión, “se relajarían las exigencias necesarias para la aplicación de esta norma, ampliando las hipótesis en las cuales puede tener cabida”¹⁶.

En términos más categóricos se pronunció el entonces ministro Maldonado, que estimó que normas de esta naturaleza en un proyecto cuyo *leitmotiv* no era exculpar sino —más que eso— prevenir penalmente la comisión de delitos al interior del seno familiar, favorecían la “venganza” o “justicia por la propia mano”, lo que resultaba evidente tras los intentos de la norma de prescindir de la proximidad temporal entre la conducta delictiva y el hecho que motiva emocionalmente al autor a cometerla. Ello, culminó, “iba contra la lógica de un Estado de Derecho”¹⁷.

No obstante todas estas observaciones, que fueron en su mayoría contrarias a la propuesta, puesta en votación la indicación *in comento*, se aprobó por seis votos a favor y cuatro en contra¹⁸.

En consecuencia, en un *addendum* antes que un fraccionamiento del número 9 del artículo 10, el precepto en discusión ingresa a la deliberación de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de diputados¹⁹, que lo acoge en su

¹⁵ *Ibidem*, pág. 111.

¹⁶ *Ibidem*, *íd.*

¹⁷ *Ibidem*, pág. 112. En un sentido similar se pronunció en la discusión el representante del ministerio público, quien empleó el término “autotulela”.

¹⁸ *Ibidem*, *íd.*

¹⁹ Trámite que tuvo lugar el día 6 de agosto de 2008.

integridad, mediante votación unánime²⁰. Esta instancia parlamentaria adquiere relevancia para nuestro estudio, ya que en ella se habla por vez primera, y en términos explícitos, de estado de necesidad exculpante²¹.

En esas condiciones, la propuesta, adquiere, sin vacilaciones, un protagonismo patente en la discusión que aconteció en el Senado, tras reconocer que ella tenía como fundamento “limitar la responsabilidad penal de las víctimas de violencia intrafamiliar que cometen delitos contra sus victimarios”²². El segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara alta, dedicó, dentro de las materias discutidas en su seno, largos pasajes al artículo 1 número 1 del proyecto legislativo, disposición que recogía el *addendum*. En efecto, el profesor Juan Domingo Acosta, invitado a informar a la Comisión sobre la referida propuesta, sostuvo que la redacción de ésta no le parecía adecuada, ya que, en su concepto, el actual artículo 10 número 9 versa sobre factores externos que actúa sobre la voluntad del sujeto, como la fuerza o el miedo²³, al punto de influenciarlo en forma irresistible o insuperable para que realice una determinada conducta, es decir, al punto que otra forma de proceder no le sea exigible. La gravedad descrita en esos términos no se da, según Acosta, bajo la redacción que se propone para la norma. Por otra parte —continuó—, su consagración supondría serios problemas hermenéuticos, ya que coexistiría, sin elementos diferenciadores, como eximente y atenuante, si se toma en

²⁰ *Historia*, etc., cit., pág. cfr. 232. Sin modificaciones de ninguna especie, figura, asimismo, en el oficio que la Cámara de diputados remite al Senado, el 15 de septiembre 2008 (cfr. pág. 313).

²¹ *Ibidem*, cfr. pág. 189. La referencia fue del diputado Burgos.

²² *Ibidem*, cfr. pág. 331. Esta observación corresponde al senador Hoffmann.

²³ *Ibidem*, cfr. pág. 340. Estimamos, a diferencia de Acosta, que el miedo constituye una disposición anímica interna, un “estado psíquico personal”. Ello explica, en consecuencia, que se estime el miedo, tanto psicológica como jurídico-penalmente, como una “percepción subjetiva de una amenaza, la cual determina al sujeto a actuar en contra del Derecho”, según señala Náquira Riveros, *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Libro primero - Parte general. Artículos 1° al 105. Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga (Coord. Jean Pierre Matus), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo I, 2002, pág. (145 – 151) 149.

cuenta la circunstancia 3ª del artículo 11²⁴. Complementó su argumento al señalar, finalmente, que la expresión “fuerza” que emplea el artículo 10 número 9, no se reduce, como sustenta parte de la doctrina, a la fuerza en un sentido físico, sino también comprende la moral²⁵. Esta última, en su opinión, es muy similar a la idea de “amenaza de un mal grave e inminente” que plantea la modificación, por lo que una eventual reforma en esta línea sería doblemente innecesaria²⁶.

Con motivo de las objeciones que suscitó la propuesta, la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión acordó la supresión del número 1 del artículo 1 del proyecto “a fin de guardar la debida concordancia con las modificaciones previamente aprobadas”²⁷.

En el tercer trámite constitucional, no se hicieron esperar las reacciones —unas más equilibradas que otras²⁸— de los integrantes de la Cámara baja frente a las indicaciones del

²⁴ *Historia*, etc., cit., cfr. pág. 340. En un sentido similar, en orden a las dificultades interpretativas que suponía una norma de estas características, la senadora Alvear (cfr. pág. 341) afirmó que en la fórmula “miedo insuperable” debe considerarse incluida la “amenaza de un mal grave e inminente”, tornándose innecesaria, en consecuencia, la enmienda.

²⁵ Reputar la expresión “fuerza” como sinónimo de “fuerza física” constituye hoy una posición minoritaria. En Chile la defendieron, entre otros, Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*. Parte general, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., tomo I, 2005, cfr. págs 268 – 272; también, Rivacoba y Rivacoba, “El principio de culpabilidad en el Código penal chileno”, en *Actas Internacionales de Derecho penal, en celebración del Código penal chileno*. Edición y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso, Edeval, 1975, cfr. pág. 103. Por el contrario, Cury ha sostenido que la alusión es exclusivamente a la fuerza moral, primeramente, en su *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Edeval, Valparaíso, 1969, cfr. págs. 225 – 227; y luego, en términos casi idénticos, en su *Derecho penal*. Parte general, Ediciones UC, Santiago, 9ª ed., 2009, pág. (454 – 458) 456, según constataremos *infra*, II, 1.

²⁶ *Historia*, etc., cit., cfr. pág. 341.

²⁷ *Ibidem*, *id.* El rechazo también consta en las páginas 385, 392 y 398 de la *Historia*, etc., cit. La negativa frente a la reforma fue acordada en las sesiones celebradas los días 4, 12 y 18 de agosto, y 1 y 2 de septiembre de 2009 con asistencia de sus integrantes, senadores Alvear, Espina, Chadwick, Gómez y Muñoz, fechado el día 13 de octubre de 2009. Cabe consignar que el Ejecutivo respaldó esta supresión, según consta en el Mensaje número 181 - 358, suscrito por el presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique, con el que intentó, en fases legislativas ulteriores, resolver los desencuentros entre ambas Cámaras con motivo de esta reforma (cfr. pág. 444).

²⁸ Dentro de las últimas, destacó la de la diputada Saa, que calificó al Senado como “misógino”. En seguida, incurre en dos errores conceptuales evidentes. El primero, cuando se refiere a la reforma como una forma de ampliar las hipótesis de legítima defensa; el segundo, sustantivo y preocupante, cuando afirma: “había que preocuparse del estado de necesidad culpante [*sic*], esto es, la condición en que se encuentra una persona *a la que se puede exigírsele* [*sic*] otra conducta”. Si la diputada se refirió al estado de necesidad exculpante, como

Senado, las que, entre otras, supuso la supresión del antecedente del actual número 11 del artículo 10. Así, la diputada Saa, afirma que el profesor Enrique Cury Urzúa aconsejó a su Corporación dejar intacta la eximente propuesta —episodio que frente a la posterior intervención de Cury no queda tan claro²⁹—, motivo por el que, además de llamar a sus colegas a votar contra la indicación en palabra, solicita votación separada y someterla al análisis y discusión de una Comisión mixta. El diputado Burgos, por su parte, estimó como un retroceso la indicación derogatoria del Senado, máxime si se trataba de una propuesta de aplicación amplia, esto es, independientemente del sexo de quien padezca la situación de necesidad, y con prescindencia, además, de la naturaleza del delito³⁰.

Al interior de la Comisión mixta —pues la indicación derogatoria del Senado fue ampliamente rechazada³¹—, y cuyo objeto consistió fundamentalmente en resolver las discrepancias suscitadas entre ambas ramas del Congreso Nacional, comparecieron una vez más los profesores Acosta y Cury. Este último reconoce que la norma propuesta por la Cámara de diputados no era técnicamente oportuna, toda vez que no captaba en términos adecuados la situación de no exigibilidad de otra conducta por parte de mujeres maltratadas que luego son victimarias, como sí hace, en cambio, la norma del *Strafgesetzbuch* alemán, molde que tuvo en consideración la construcción parlamentaria chilena³².

presumimos, la situación respecto de quien lo padece es exactamente la contraria, a saber, la inexigibilidad de otra conducta. *Ibidem*, cfr. pág. 426 (las bastardillas nos pertenecen).

²⁹ Como se verá *infra*, Cury fue pieza elemental del resultado legislativo, distinto, por cierto, de la propuesta en análisis.

³⁰ *Historia*, etc., cit., cfr. pág. 430.

³¹ *Ibidem*, cfr. pág. 433. La votación fue de 71 votos contra 29. De esta circunstancia el Senado tomó conocimiento mediante el correspondiente Oficio, fechado 6 de enero de 2010, cuyo contenido medular consistió en admitir todas sus indicaciones, excepto la eliminación del artículo 1 número 1 del Proyecto (cfr. pág. 437).

³² La norma en cuestión corresponde al § 35, que señala: “*Estado de necesidad disculpante*. (1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso 1, cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica. (2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el

Frente a lo que él estimo como una manera de superar las limitaciones con las que el número 7 regula el estado de necesidad exculpante³³, propone introducir un nuevo número 11 al artículo 10, cuyos términos fueron los que siguen: “11º. El que obra para evitar un mal grave a su persona o derechos o los de otro u otros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar; 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo; y, 3ª. 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 aquél de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”³⁴. En su argumento, se trataba de una norma que gozaba de mayor precisión y reflejaba el propósito original de la Cámara de diputados, ya que, a diferencia de la legítima defensa propia, de parientes y de terceros —respondió frente una aparente confusión de los senadores Alvear y Espina— la agresión ilegítima, actual e inminente, elemento central de ésta, no es requisito de su propuesta, que sólo, en cambio, se configura ante un hecho o estado que pone a la persona en una situación tal que no le es exigible otra conducta³⁵. Lo antedicho es corroborado luego por la interpretación que de la misma hizo, en seguida, el profesor Acosta tras afirmar que “la propuesta de Cury parte de la base que no hay una agresión ilegítima”³⁶ y, por lo mismo, la actuación continúa siendo

error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1º”. Un análisis del párrafo, bajo el título “casos particulares de inexigibilidad”, en Stratenwerth, *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 4ª edición totalmente reelaborada, 2008, cfr. págs. 315 – 320; también, con mayor extensión, Roxin, *Derecho penal*. Parte general (trad. de la 2ª ed., alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier del Vicente Remesal), Cívitas, Madrid, tomo I, 1997, cfr. págs. 895 – 926. Amén de la norma tudesca, Cury reconoció que se tuvo en vista la italiana, sobre la que ya aludimos *supra*, texto y nota 6. *Historia*, etc., cit., cfr. pág. 448 y 449.

³³ *Ibidem*, cfr. pág. 449. La totalidad de la doctrina nacional, incluido el propio Cury (*Derecho penal*, etc., cit., pág. 377 y siguientes), estima que el número 7 del artículo 10 responde al estado de necesidad justificante. Atribuimos la imprecisión a un error de transcripción.

³⁴ *Historia*, etc., cit., pág. 449.

³⁵ *Ibidem*, cfr. pág. 452.

³⁶ Amén de lo dicho, el profesor Acosta advirtió que una norma de esta naturaleza, dada su amplitud, podría tornar superfluo el artículo 10 número 7, disposición sobre la que existe “amplia jurisprudencia y doctrina” *Ibidem*, pág. 450.

ilícita —a diferencia de la defensa legítima—, sólo que inculpable, y, por ende, de un efecto mucho más restringido.

Prácticamente al final de la gestación del nuevo numeral que incorpora la Ley número 20.480, el senador Chadwick sostuvo, frente a la propuesta de Cury, que resultaba poco claro si se requería o no alguna “proporcionalidad justificatoria” [*sic*] entre la situación de necesidad y el mal que se hace para evitarlo, de manera que se tornaba necesaria, en su razonamiento, una redacción más específica que aludiera a la especial motivación para actuar que justifica al victimario y una referencia, asimismo, a los bienes jurídicos susceptibles de estar involucrados en esta variante de estado de necesidad. El cuestionamiento del senador —que incidió, a nuestro modo de entender, en la inclusión de la circunstancia 3ª de la norma finalmente aprobada—, fue relevante para atender sólo la primera de sus objeciones, por cuanto el resultado legislativo final no incluye, en ninguna de sus circunstancias, especial referencia a los bienes jurídicos involucrados en la colisión³⁷.

2. Fases finales de la tramitación y la norma finalmente aprobada.— Cual se esperaba, la propuesta de Cury fue aprobada por ocho votos contra el único del senador Calderón³⁸, cuya redacción definitiva, que hoy contemplamos en el Código penal, se dio a conocer en la sesión siguiente. El precepto superó sin inconvenientes el correspondiente control de constitucionalidad. La reforma que supuso la Ley número 20.480 fue promulgada el 14 de diciembre de 2010, y cuatro días después, esto es, el 18 del mismo mes, fue publicada y entró en vigor³⁹.

³⁷ El senador Larraín refutó esta observación, ya que en su interpretación tal circunstancia se presentaba al exigir que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal grave e inminente que motivó el actuar de el o la víctima. *Ibíd*em, cfr. pág. 453.

³⁸ *Ibíd*em, cfr. págs. 453 y 454.

³⁹ Véase la edición del Diario Oficial de 18 de diciembre de 2010, Cuerpo I, pág. 7.

La norma que contiene la Ley, y que será el objeto de análisis en lo sucesivo de este estudio, señala: *“Artículo 10: Están exentos de responsabilidad criminal: 11° El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. 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”*.

CAPÍTULO II

ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE Y CUESTIONES GENERALES DEL ARTÍCULO 10

NÚMERO 11 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.

SUMARIO: 1. Delimitación entre el estado de necesidad exculpante, fuerza irresistible y miedo insuperable.— 2. Teoría de la diferenciación.— 3. Fundamento material del estado de necesidad exculpante.— 4. Cuestiones generales del tipo: 4.1. Bienes jurídicos involucrados en la colisión; 4.2 Sujeto activo, auxilio de terceros y personas que tienen la obligación jurídica de intervenir.—

1. *Delimitación entre estado de necesidad exculpante, fuerza irresistible y miedo insuperable.*— Hemos venido insinuando que sólo tras la enmienda en examen nuestro Código penal reconoce esta causa de exculpación⁴⁰. Previa a ella, la doctrina —y, por extensión, la judicatura— no disponía de las herramientas dogmáticamente idóneas para subsumir situaciones en que se enfrentaban bienes jurídicamente equivalentes, como dos vidas humanas, o en las que se sacrificaba un bien mayor⁴¹. Por tal motivo, la solución ofrecida por la bibliografía penal —siempre en nuestro medio— consistió en concebir las eximentes contenidas en el número 9 del artículo 10 como formas o versiones genuinas de estado de necesidad exculpante o, por otro lado, identificar

⁴⁰ Nos vemos en la obligación de advertir aquí la distinción entre “causas que excluyen la culpabilidad” y “causas de exculpación”, fuertemente arraigada en la discusión alemana y que es fruto de los dos sentidos, ordinario y jurídico, de la voz tudesca «*Entschuldigung*». En el primer sentido, significa tanto exclusión de la culpabilidad como exculpación; en el segundo, en cambio, viene a significar solamente “disculpa”. Bajo este último tenor es tratado por alguna doctrina el estado de necesidad exculpante del § 35 del *StGB*, toda vez que existiría en él un remanente de exigibilidad que, por ende, no excluye completamente la culpabilidad. Cabe consignar, empero, que la distinción terminológica en punto es receptora de críticas por su inutilidad, ya que cuando la culpabilidad es de escasa gravedad no alcanza los niveles de la culpabilidad jurídico-penal, motivo por el que nos tomaremos la libertad de emplear ambas expresiones indistintamente. Véase, sobre el particular, Perron, “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado (con especial consideración del Derecho penal español)”, en el volumen correspondiente al tomo XLI, fascículo I, del *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, publicación oficial del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, cfr. pág. (137 – 156) 141; Zaffaroni, op. cit., cfr. pág. 745; Cerezo Mir, “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”, en el volumen *Justificación y exculpación en el Derecho penal* (Coloquio hispano-alemán de Derecho penal), Albin Eser, Enrique Gimbernat y Walter Perrón (Editores), Universidad de Complutense y Centro de estudios judiciales, Madrid, 1995, cfr. pág. 21; y, en el mismo volumen, pero desde la perspectiva alemana, Hirsch, cfr. pág. 43.

⁴¹ Así, Rivacoba, “El principio de culpabilidad”, etc., cit., cfr. pág. 103 y 104; Fuentes Ferrera, *La ponderación de males en el estado de necesidad*, Legal Publishing, Santiago, 1ª ed., 2009, cfr. pág. 20; y García Soto, op. cit., cfr. pág. 477.

mediante una interpretación forzada e impropia el miedo y la fuerza —o, en su caso, la coacción moral— con el instituto que nos ocupa.

Sin pretender adentrarnos más allá de lo necesario, estimamos oportuno describir el sentido que las principales voces del penalismo chileno han impreso a dichas eximentes y, a partir de lo anterior, entender cómo las han relacionado con la necesidad exculpante.

En lo que concierne a la fuerza irresistible, el debate —presente no sólo en Chile, sino en todos aquellos países deudores del influjo español— se detiene frente a la pregunta de su alcance. Las posturas que tradicionalmente se han elevado, es decir, las que atribuyen a la causal una orientación exclusivamente moral o física, repercuten al momento de reflexionar si nuestro ordenamiento prevé, y por tanto resuelve, los conflictos propios de esta variante de la necesidad. Dicho en otros términos, la discusión acerca de su naturaleza jurídica y su consecuente inserción en la antijuridicidad o culpabilidad, es crucial en la tarea delimitadora que nos hemos propuesto.

Gustavo Labatut⁴² y Eduardo Novoa⁴³ se aferran a la tesis que fuerza irresistible no es sino la *vis absoluta*. Así, quien padece sus efectos no *actúa*, sino, al contrario, opera como un mero instrumento. En breve, bajo este entendimiento no habría acción y, en consecuencia, tampoco relación alguna entre la necesidad exculpante y la fuerza irresistible. Al quedar excluida la acción, vástago de la fuerza de la que es paciente un sujeto determinado, se torna imposible —amén de metodológicamente incorrecto— hablar de culpabilidad. Según tendremos oportunidad de captar, en la fijación de los rasgos más esenciales de estas instituciones, adquiere especial relevancia la fuente u origen de la fuerza. El origen humano de ésta determinará, en el sistema de Labatut, la aplicación del régimen jurídico contenido en la primera parte del número 9 —que, según vimos, excluiría

⁴² *Derecho penal*, 2 vols, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo I, 9ª ed., actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, 1997, cfr. págs. 82 – 85.

⁴³ Cfr. *supra*, I, 1, texto y nota 25. Corriente a la que corresponde agregar, en el concierto chileno, los nombres de Luis Cousiño Mac Iver, *Derecho penal chileno*. Parte general, 3 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo I, 1ª ed., 1975, cfr. págs. 503 y siguientes; y Manuel de Rivacoba y Rivacoba, op. cit., cfr. pág. 103. Fuera de nuestras fronteras, y a modo meramente ejemplar, Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*. Parte general, 3 vols., Tecnos, Madrid, tomo II, 6ª ed., 2000, cfr. pág. 66.

la acción—; mientras que el fenomenológico, por su parte, el régimen contemplado en el número 12 del mismo artículo —excluyente, en cambio, de la culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta—⁴⁴. Especial importancia cobra en su pensamiento, en fin, si se trata de un delito comisivo u omisivo⁴⁵.

Ahora bien, en lo que compete al miedo insuperable, y frente a los limitados términos del estado de necesidad justificante del número 7 del artículo 10 —términos que se explican, según Labatut, por el hecho de que la época de dación de este cuerpo coincidió sólo con los primeros tiempos de la teoría del estado de necesidad—, “los conflictos entre vidas humanas y muchos otros”⁴⁶ han de ser resueltos por la parte final del número 9, es decir, por el miedo insuperable.

Como anticipamos, Eduardo Novoa⁴⁷ defiende la tesis antes planteada. En efecto, estima que la fuerza irresistible suprime la *conducta*⁴⁸, y que su fuente puede ser, como ya anticipó Labatut, humana o fenomenológica. En relación a la *vis compulsiva*, es decir, aquella fuerza que opera ya no sobre el cuerpo, sino sobre la voluntad, y que, con el objeto

⁴⁴ De opinión distinta, Cousiño Mac Iver, op. y vol. cits., cfr. pág. 505, que estima que, al igual que el número 9, se trata de una causa que excluye la acción.

⁴⁵ Op. cit., cfr. pág. 83.

⁴⁶ Op. cit., pág. 104. Sin embargo, cabe afirmar, frente a la apreciación de Labatut, que el conflicto entre personas se tuvo en cuenta en el seno de la Comisión redactora de nuestro Código, a través de la opinión, finalmente desestimada, de José Clemente Fábres. Véase, *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora*. Edición crítica con motivo de su centenario, preparada bajo la dirección y con un Estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1974, cfr. pág. 465, correspondiente a la sesión 121, de 14 de marzo de 1873.

⁴⁷ Op. y vol. cits., cfr. págs. 268 – 272. Razón por la que estima oportuna la iniciativa de los proyectos de reforma de 1938 y 1946 de intercalar, entre las palabras “fuerza” e “irresistible”, la voz “física”, como hace el Código penal argentino (art. 34 inciso segundo), según consignamos *supra*, I, 1, texto y nota 5. Resulta llamativo, en fin, que no obstante la distinción suscrita por este autor, afirme a continuación: “Correctamente interpretada, la expresión «fuerza irresistible», por consiguiente, sólo puede entenderse referida a la fuerza material extraña a un individuo y que recae sobre él. Esa fuerza material puede ser absoluta o *compulsiva*, según obre físicamente sobre el individuo o procure vencer su voluntad” (ibídem, cfr. pág. 270, las bastardillas nos pertenecen). En esta misma imprecisión incurre, a nuestro entender, Cousiño, op. y vol. cits., cfr. pág. 506.

⁴⁸ Respetamos el empleo de la expresión “conducta” de la que se vale el autor sólo para evitar confusiones adicionales en un terreno en que las diferencias abundan; mas consignemos que defendemos su proscripción en un Derecho penal de acto, es decir, liberal y democrático.

de doblegarla, puede asumir formas físicas —por ejemplo, tortura para obtener una determinada información— o morales —amenazas de un mal sobre un pariente próximo—, cree Novoa que este tipo de fuerza o violencia no excluye la acción, sino la culpabilidad. Añade que si lo impuesto coactivamente al sujeto es un delito nos hallamos frente al problema de la coacción, entendida, desde el prisma de quien la padece, como una causa de exculpación por inexigibilidad de otra conducta, y sobre la que nuestro ordenamiento guarda —en perjuicio del rigor técnico— silencio. Por tal motivo, casos en los que colisionan bienes equivalentes y otros en los que se verifica la hipótesis de la coacción o amenaza han de ser resueltos por la aplicación de la eximente del miedo insuperable⁴⁹ o, eventualmente, subsumidos en la omisión por causa insuperable del número 12 del artículo 10⁵⁰.

Una interpretación diversa, en el sentido de entender la referencia a la *fuerza* en términos morales y no físicos, prohija Enrique Cury⁵¹, cuyo sistema le proporciona lugar dentro de las causas que excluyen la culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta. Cury sustenta su tesis en cuatro argumentos, que, en rigor, son la refutación de los planteados por la opinión contraria. Así, en primer lugar, entiende que las voces “violencia” y “fuerza”, sobre las que el Código discurre en varias oportunidades, no suponen necesariamente la idea de lo físico, pues hay casos —como el del artículo 457 del Código penal— en que no habría desacuerdo científico en orden a interpretar la voz “violencia” en el sentido de “intimidación”, y por tanto, sin un sentido físico. En segundo término, afirma que si el legislador ha excluido con esta causal la acción —como cree Novoa y Labatut— habría incurrido en una tautología, porque insistiría nuevamente en que no hay delito sin acción, pues del tenor del artículo 1 del Código se desprende que ésta constituye un elemento estructural básico del delito. Luego, objetando la presencia del verbo “obrar”, que, según su interpretación, significa tanto como “actuar”. Por último, sostiene que no resulta entendible,

⁴⁹ Op. y vol. cit., cfr. pág. 566.

⁵⁰ *Ibidem*, cfr. pág. 272.

⁵¹ *Derecho penal*, etc., cit., cfr. págs. 453 – 456. Postura a la que adhiere en todos sus términos Garrido Montt, *Derecho penal*. Parte general, 4 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo II, 1ª ed., 1997, cfr. pág. 240.

conforme a la opinión adversa, excluir la punibilidad en el caso del miedo insuperable y no hacerlo tratándose de la fuerza irresistible que es más poderosa y comprensible, toda vez que supone “la amenaza de verse sometido a un grave daño físico o anímicamente perturbado por una situación excepcional, aunque se obre, en realidad sin temor”⁵².

Conforme a su razonamiento, Cury estima que en el concepto de fuerza *moral* irresistible —que finalmente define como “un estímulo de origen externo o interno, cuyo enjuiciamiento ético-social es análogo al del miedo, el afecto parental o el sentido de obediencia, el cual desencadena en el sujeto un estado grave de conmoción psíquica, suficiente para alterar profundamente en un hombre medio la capacidad de autodeterminación”⁵³— es posible subsumir las hipótesis de coacción, de inexigibilidad de otra conducta originados en reacciones espontáneas del sujeto y, por último, los casos de estado de necesidad exculpante⁵⁴.

Sergio Politoff⁵⁵ —que al igual que Cury estima que el Código se refiere a una fuerza *moral* irresistible— sostiene que, dada la amplísima interpretación que admite la causal de la primera parte del número 9 del artículo 10, es posible incluir en ella la mayor parte de los casos de inexigibilidad —no comprendidos en el miedo insuperable—, que otras legislaciones —como la alemana, austriaca, italiana y española⁵⁶— insertan en el estado de necesidad exculpante. De modo que la diferencia entre la fuerza irresistible y esta variante de estado de necesidad, no sólo es nominal o terminológica, sino fundamentalmente de amplitud. En efecto, la fuerza irresistible no reconoce los límites que otras legislaciones fijan para este estado de necesidad. Por lo pronto, aquélla no circunscribe su ámbito de aplicación a determinados bienes jurídicos, ni tampoco es restrictiva respecto de los

⁵² *Ibidem*, pág. 456.

⁵³ *Ibidem*, *id.* Sobre el criterio del hombre medio, *infra*, II, 3.

⁵⁴ *Ibidem*, cfr. págs. 456 y 457.

⁵⁵ *Derecho penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, tomo I, 1997, cfr. págs. 637 – 639.

⁵⁶ Las dos primeras de manera expresa, mientras que las dos últimas mediante una regulación lo suficientemente amplia para abarcar tanto casos de justificación como de exculpación (*op. cit.*, cfr. pág. 637). Sobre la norma italiana y alemana, nos pronunciamos *supra*, I, 1, texto y notas 6 y 32, respectivamente. Sobre algunos aspectos de la norma española discurriremos en la parte final de este trabajo.

necesarios vínculos que deben existir entre quien interviene en la situación de necesidad y quien la padece, esto es, que se trate de parientes o allegados, como exige el § 35 del *StGB*. Merced a esa amplitud —narra Politoff— el luctuoso caso del “trabajador ilegal”, conocido así en la jurisprudencia y doctrina holandesa, pudo concluir con la impunidad⁵⁷. En síntesis, a través de los conceptos de fuerza irresistible y miedo insuperable, el artículo 10 número 9 ofrece un ámbito mucho más extenso de exculpación frente a los Códigos que han establecido el estado de necesidad exculpante⁵⁸.

En fin, una posición similar, aunque con el importante matiz de entender en la fuerza irresistible una genuina hipótesis de estado de necesidad exculpante y no, cual Cury o Politoff, sólo un respiradero hermenéutico, sustenta Garrido cuando afirma, al analizar los requisitos que ha de reunir, en su concepto, la fuerza irresistible, que “aquí se comprende en parte el llamado *estado de necesidad exculpante*”⁵⁹.

Bajo la tesis que nuestro Código reconoce la fuerza *moral* irresistible, es decir, la *vis compulsiva* o coacción moral —entendidas estas nomenclaturas como sinónimas—, resta finalmente fijar sus relaciones con esta variante de la necesidad, en términos de concluir si responden o no a una misma realidad.

Labatut, según advertimos en su crítica a la estrechez del estado de necesidad justificante, cree que tanto el conflicto entre vidas humanas, es decir, la necesidad exculpante, por un lado, como la fuerza o coacción moral, por otro, deben ser reconducidos

⁵⁷ Los hechos fueron los siguientes: fruto de la invasión y ocupación nacionalsocialista en los Países Bajos un miembro de la resistencia confesó haber cometido traición tras haber sido amenazado por los alemanes de quebrar los brazos y piernas de dos niños judíos en presencia de la madre de éstos. Ni con los niños ni con la madre el trabajador tenía vínculo alguno, como tampoco había un peligro actual para su vida, integridad corporal o libertad (op. cit., cfr. pág. 640). Existe una vieja tradición, según relata Politoff, entre los juristas neerlandeses de entender por fuerza irresistible (*overmatch*) la vieja *contrainte morale* francesa (cfr. pág. 636), lo que resulta curioso considerando que la norma gala tiene como fuente, en materia de fuerza irresistible, el Derecho español, cuya doctrina, en su mayoría, se inclina por la tesis que en Chile sustentan —según examinamos— Labatut, Novoa, Cousiño y Rivacoba.

⁵⁸ *Ibidem*, cfr. pág. 639. De la misma opinión, García Soto, op. cit., cfr. págs. 98, 99, 100, 242 y 243.

⁵⁹ Op. cit., pág. 241, en la que cita, incluso, el conocido ejemplo de la “tabla de Carnéades”.

al miedo insuperable⁶⁰. Sin embargo, dicha inclusión —según desprendemos de los términos con los que se pronuncia este autor—, responde a razones distintas en uno y otro caso: en la fuerza o coacción moral, por ser “miedo insuperable” los términos elegidos por el legislador para definir la coacción de la voluntad por el temor de sufrir un mal grave e inminente; mientras que en la necesidad exculpante por una cuestión meramente interpretativa⁶¹. En todo caso, no suministra criterio alguno que permita establecer semejanzas o distinciones entre ambas hipótesis.

A una conclusión cercana, como esbozamos anteriormente, arriba Novoa⁶², ya que si bien no reconoce una identificación jurídica entre fuerza o coacción moral y miedo insuperable, entiende que la amplitud de esta última posibilita en ella el resguardo de la primera. Pero es el mismo Novoa quien previamente advierte diferencias de envergadura entre la coacción moral y el estado de necesidad exculpante —instituciones que según su opinión, nuestro ordenamiento no regula—, que permiten entenderlas, con propiedad, como instituciones jurídico-penalmente diversas. En la primera —escribe este autor—, “la situación de peligro es promovida *intencionalmente* por un ser humano”, esto es, una amenaza; mientras que en el segundo “el peligro es obra de fuerzas del mundo físico y si, *accidentalmente*, él es producido por un hombre lo es sin la finalidad de provocar una determinada resolución voluntaria en otro hombre”⁶³.

De un modo parcial coincide con este parecer Cury, ya que si bien reconoce que coacción y estado de necesidad exculpante son cosas distintas —al menos las distingue nominalmente—, estima que ambas situaciones pueden asilarse, en cambio, en la fuerza moral irresistible⁶⁴.

⁶⁰ Op. cit., cfr. págs. 104 y 149, respectivamente.

⁶¹ *Ibidem*, íd.

⁶² Op. y vol. cit., cfr. pág. 566.

⁶³ *Ibidem*, pág. 563 (las bastardillas nos pertenecen).

⁶⁴ Cfr. *supra*, texto y nota 54.

Fuera de nuestro país, el mismo criterio de distinción sustentado por Novoa es defendido en la Argentina por Sebastián Soler⁶⁵, ya que a partir de la norma trasandina distingue entre acción coacta y acción necesaria. De este modo, en la primera, la situación de necesidad proviene de una amenaza, es decir, de una acción humana; mientras que la segunda fruto de un fenómeno natural. Es decir, en la coacción la salvación cometiendo un delito es *impuesta*; en el estado de necesidad, en cambio, *necesaria*. Esta distinción, según constata Jiménez de Asúa⁶⁶, goza de pleno reconocimiento en la judicatura argentina.

Un razonamiento diverso en la relación de estos institutos defiende, por el contrario, Raúl Zaffaroni⁶⁷, y que es perfectamente aplicable en Chile si se suscribe la tesis de Cury, Politoff y Garrido, a propósito de la fuerza irresistible⁶⁸. El jurista argentino, en efecto, rechaza una interpretación restrictiva del verbo “amenazar” —contenido en la parte final del artículo 32 inciso segundo del Código argentino— limitativa de las acciones humanas. En esa línea, estima que si la intención del legislador ha sido limitar el alcance del verbo sólo a las acciones humanas, el empleo del verbo “conminar” hubiere sido más oportuno. Por lo demás, prueba que el artículo en cuestión no establece limitaciones en las fuentes del peligro, es que no ha exigido que las amenazas sean “injustas”, pues sólo puede ser injusto lo que emane del hombre, no de la naturaleza. Al no ser limitativo el empleo del verbo, habría que considerar, en consecuencia, su sentido figurado, que es el de presagiar un daño. En este segundo sentido —ratificado por la etimología de la voz y por los orígenes históricos de su inclusión en distintas fuentes del Código argentino—, la amenaza puede ser una vivencia y el daño provenir de un peligro generado por otro o por la naturaleza, de

⁶⁵ *Derecho penal argentino*, 5 vols., actualizado por Guillermo J. Fierro, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, tomo I, cfr. pág. 463. La norma en cuestión es el ya transcrito artículo 34 párrafo segundo del Código penal, cfr. *supra*, I, 1, texto y nota 5.

⁶⁶ *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Losada, Buenos Aires, tomo IV (“El delito”), 3ª ed., 1976, cfr. págs. 325 y 326.

⁶⁷ *Tratado de Derecho penal*. Parte general, 5 vols., Ediar, Buenos Aires, tomo IV, 1999, cfr. págs. 235 – 238. En contra, Carreras, *Las causas de justificación en el Código penal*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, cfr. pág. 35.

⁶⁸ Sin ir más lejos, en el seno del Parlamento, el profesor Juan Domingo Acosta, sostuvo que el entonces primitivo proyecto que incluía las expresiones “amenaza de sufrir un mal grave e inminente”, tornaba innecesaria esta reforma, justamente por quedar comprendida en la lacónica “fuerza irresistible”, entendida en términos morales. Cfr. *supra*, I, 1.

guisa que la coacción, esto es, la situación de necesidad creada por una conducta humana, no es todo el estado de necesidad exculpante, sino sólo uno de sus supuestos.

En el concierto alemán, tras la reforma que el *StGB* experimentó en 1969, las relaciones o distinciones entre estado de necesidad y coacción fueron cada vez menos relevantes⁶⁹. El contenido de la enmienda —entre otras materias— consistió en condensar en una sola disposición —el nuevo § 35⁷⁰— la vieja coacción y el estado de necesidad exculpante (antiguos §§ 52 y 54 del Código del *Reich* de 1871, respectivamente), que hizo innecesario —como afirma Politoff en su traducción al *Derecho penal* de Max Ernst Mayer—, una regulación especial para la situación de necesidad creada por el hecho que el autor haya sido forzado por un tercero a violar bienes jurídicos⁷¹, toda vez que en el nuevo párrafo no es menester que el peligro actual esté ligado a la fuerza irresistible o amenazas —como exigía la coacción—. Dicho en breve, el *StGB* reúne en un sólo precepto todas las fuentes del peligro, naturales y humanas⁷².

En lo que concierne, por otro lado, al miedo insuperable y a las relaciones que la doctrina tradicionalmente ha entendido entre éste y el estado de necesidad exculpante, el

⁶⁹ El texto legal vigente en Alemania nos obliga a tratar accesoriamente tanto las antiguas normas que regularon estos institutos como la discusión que su contenido generó entre los juristas vernáculos. Sobre los antiguos §§ 52 (coacción) y 54 (estado de necesidad), la doctrina estimó que existía una relación de especie y género, atendiendo a las fuentes de la situación de necesidad. Este fue el parecer de Mayer, *Derecho penal*. Parte general (trad. de Sergio Politoff Lifschitz), Editorial B de F., Montevideo, 1ª ed., 2007, cfr. pág. 379; y Welzel, *Derecho penal alemán* (trad. de la 11ª ed., alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., castellana, 1976, cfr. págs. 250 – 253. Von Liszt, por su parte, sostuvo la tesis que coacción y estado de necesidad eran formas restrictiva y amplia, respectivamente, de “derechos de necesidad”, *Tratado de Derecho penal*, (trad. de la 20ª ed., alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña), 3 vols., Reus, Madrid, tomo II, 3ª ed., 1914 – 1917, cfr. págs. 354 y 355; por último, Mezger confirió a la coacción, al mandato antijurídico obligatorio y al estado de necesidad del § 54 la jerarquía de “meras causas de exclusión de la culpabilidad”, *Derecho penal*. Parte general. Libro de estudio (trad. de la 6ª ed., alemana por Conrado Finzi y prólogo por Ricardo Núñez), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, págs. 267 y 268. Un panorama del tratamiento de estos institutos en Alemania —desde luego más completo—, en Jiménez de Asúa, op. y vol. cits., cfr. págs. 322 – 326.

⁷⁰ Cfr. *supra*, I, 1, texto y nota 32.

⁷¹ Op. cit., cfr. la nota del traductor a continuación de la nota 23, en la pág. 389.

⁷² Así, Roxin, op. y vol. cits., cfr. pág. 903; y Jakobs, *Derecho penal*. Parte general (trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., corregida, 1997, cfr. pág. 691.

derrotero no ha sido muy distinto. Ya hemos tomado nota del parecer de Labatut y Novoa. Por su parte, Cury, Politoff y Garrido, consecuencia de su tesis ya analizada, estiman que entre esta variante de la necesidad y el miedo insuperable sólo existe un denominador común: ser causas de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta, de guisa que no los vinculan ni por la vía de la identidad jurídica ni por la de la solución hermenéutica. Con todo, varios han sido los criterios que se han formulado en la empresa de diferenciar ambas situaciones⁷³. Se ha dicho, por ejemplo, que la situación motivacional de quien padece una necesidad no necesariamente es de miedo, toda vez que el necesitado puede perfectamente obrar con serenidad⁷⁴; que la situación de miedo emana necesariamente de una amenaza de un tercero y la de necesidad, en cambio, de la naturaleza, etc.

Establecidas las diferencias, y la impropiedad en su asimilación, estimamos que frente al vacío que nuestro ordenamiento jurídico-penal exhibía en esta materia, la solución más adecuada hubiese sido recurrir a una causal general y supralegal de exculpación por inexigibilidad, compatible con una comprensión normativa de la culpabilidad⁷⁵. Por ese camino se evitaba arribar una interpretación arbitraria, amén de desvirtuar el instituto y tolerar las consecuencias materialmente injustas que suponía una aplicación exegetica del Código⁷⁶. La solución supralegal como *ultima ratio* frente a la imperfección legal, en caso alguno supone valernos de categorías “suprajurídicas”, sino sólo abstraernos del contenido de la ley para hallar y cumplir su contenido interno. Es más, lejos de auxiliarnos de la analogía —por lo demás, prohibida en sede penal—, esta solución es demandada por un Derecho penal fundado antropológicamente, es decir, “de y para los hombres”, y que

⁷³ Véase, Cuerda Arnau, *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1997, cfr. págs. 163 – 188.

⁷⁴ Así lo consigna de Antón Oneca, Fernando Díaz Palos, voz «Estado de necesidad», en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 30 vols., Seix, Barcelona, tomo VIII, 1956, cfr. pág. 904.

⁷⁵ Favorables a esta solución, entre otros, Rivacoba, op. cit., cfr. págs. 105 y 106; y Fontecilla Riquelme, “Los problemas jurídicos de las causas supralecales en materia penal”, en el volumen *Estudios en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. (662 – 703) 681 y siguientes. Reticente, Politoff, op. cit., págs. 667 y siguientes. Manifiestamente en contra, Cury, *Derecho penal*, etc., cit., cfr. pág. 450, 451 (nota 297) y 457, que sostiene que tal solución constituye un “peligroso camino”.

⁷⁶ Defendida, a nuestro entender, por Novoa, op. y vol. cits., cfr. pág. 562.

presenta como principio fundamental, informador o cardinal el de subjetividad o culpabilidad⁷⁷. En síntesis, la admisibilidad de esa posibilidad acusa un sistema, además de acabado, justo y humano.

2. *Teoría de la diferenciación.*— Al tratar el tema de la naturaleza jurídica del estado de necesidad, numerosas son las teorías con las que se ha pretendido explicarlo⁷⁸. En la actualidad predomina casi sin contrapesos la llamada “teoría de la diferenciación” o “teoría diferenciadora” —cuyos orígenes se retrotraen a Alemania, con Berner, en el siglo XIX⁷⁹— con la que se designa aquella que admite que el estado de necesidad puede revestir tanto los caracteres de una causa de justificación como los de una causa de inculpabilidad y, por ende, situarse tanto en el ámbito de la antijuridicidad como en el terreno de la culpabilidad. Se dice, en efecto, que si los bienes jurídicos en conflicto son de igual valor, el estado necesario opera como una causa de inculpabilidad; y si son de distinta valía, en cambio, como una de justificación. Dentro de esta corriente suele incluirse a la que, bajo la denominación “teoría de la neutralidad”⁸⁰, asume una

⁷⁷ Sobre esta materia, véase, Rivacoba, “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Ciencias penales, Fundación cuadernos de la Cátedra, Corrientes*, número 5, 2000, cfr. págs. (203 – 222) 212, 213 y 216; y Zaffaroni, “Los bienes jurídicos protegidos en el Código penal chileno y la orientación de su parte especial”, en *Actas Internacionales*, etc., cit., cfr., entre otras, pág. 207, en la que escribe: “Síntéticamente dicho, está antropológicamente fundado un orden jurídico que proporciona al hombre los elementos necesarios para su realización en convivencia, que es la única manera en que el hombre puede realizarse”.

⁷⁸ Exhaustivo, Jiménez de Asúa, op. y vol. cit., cfr. págs. 326 y siguientes; sintético, Díaz Palos, op. cit., págs. 906 – 910.

⁷⁹ Así lo consignan, entre otros, Jescheck y Weiged, *Tratado de Derecho penal. Parte general* (trad. de Miguel Olmedo), 5ª ed., renovada y ampliada, Comares, Granada, 2002, cfr. pág. 380; Jiménez de Asúa, op. y vol. cit., cfr. pág. 368; y Silvia Peña Wasaff, en su completísima Memoria de Prueba (*El estado de necesidad en el Derecho penal chileno y comparado*, Universidad de Chile, sede Valparaíso, 1974), desafortunadamente inédita. Por el contrario, Politoff, op. cit., cfr. pág. 381, atribuye el mérito a James Goldschmidt.

⁸⁰ Su pertenencia a la inteligencia diferenciadora no es del todo pacífica. Hirsch, “La regulación del estado de necesidad”, en *Derecho penal, Obras completas*, 4 vols., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, tomo I, 1999, cfr. pag. 127, la considera una variante de la teoría unitaria. Por su parte, Jiménez de Asúa, op. y vol. cit., cfr. págs. 329 y siguientes, incluye dentro de la teoría de la neutralidad a la que postula que la necesidad refleja una vuelta a la comunidad de bienes y al estado de naturaleza (Tomás de Aquino y Hugo Grocio), a la que lo sitúa fuera del Derecho penal (Fichte) y, en fin, a la de la inutilidad práctica de la represión (Kant, Feuerbach y Bentham). La construcción intelectual que tomó el nombre de “teoría de la neutralidad”, tiene entre sus creadores a juristas de la talla de Beling, Binding y Arthur Kaufmann, según relata Guzmán Dalbora en el capítulo “La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación” inserto en su libro *Cultura y delito*, Temis, Bogotá, 1ª ed., 2010, cfr. págs. 19 – 34.

diferenciación en términos heterodoxos, en el sentido de entender que si bien ante un conflicto entre bienes iguales no nos enfrentamos ante una justificación, no estamos ante una mera exclusión de la culpabilidad, sino ante una exclusión de la responsabilidad por el hecho o —lo que es igual— una exclusión del «estar prohibido» del comportamiento. Es decir, al no estar prohibida la salvaguardia del propio interés, la responsabilidad por el hecho —peldaño intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad— desaparece. Esta última corriente —a la que adhieren, entre otros autores, Roxin⁸¹ y Maurach⁸²—, sostiene que el Derecho se abstiene de apreciar, es decir, no valora ni positiva ni negativamente la acción delictiva cometida en contexto de necesidad.

El origen de la comprensión bimembre del estado de necesidad es resultado de la particular regulación que este instituto recibió en Alemania. Como bien sintetiza Roxin⁸³, con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil alemán [*BGB*] de 1900 —que introduce los §§ 228 y 904 como hipótesis de estado de necesidad justificante defensivo y agresivo, respectivamente⁸⁴—, la doctrina vernácula estimaba de manera mayoritaria que los antiguos preceptos penales relativos al estado de necesidad y a las coacciones, constituían figuras que excluían la culpabilidad. Sólo alrededor de 1930 se impuso la doctrina diferenciadora, que comenzó a ver en las normas del *StGB* —antiguos §§ 52 y 54, actual § 35— causas de inculpabilidad, y, por el contrario, justificantes tanto en la precitadas normas civiles como en la construcción que supuso, frente a los términos limitativos e incompletos de éstas, el llamado estado de necesidad justificante supralegal. En la actualidad, prescindiendo de las normas civiles y de la construcción supralegal, la diferenciación se presenta al interior del propio *StGB*, cuyos §§ 34 y 35 regulan, respectivamente, las hipótesis justificante y disculpante del estado necesario. Ese es el

⁸¹ Op. y vol. cit., cfr. pág. 897.

⁸² *Derecho penal*. Parte general, actualizada por Heinz Zipf (trad. de la 7ª ed., alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone), 2 vols., Astrea, Buenos Aires, tomo I, 1994, cfr. págs. 568 y siguientes.

⁸³ Op. y vol. cit., cfr págs. 671 – 675.

⁸⁴ En contra, Mayer, op. cit., cfr. pág. 380, que afirma que todas las formas de estado de necesidad son hipótesis de exculpación, incluso las civiles.

camino que, a nuestro entender, sigue el Código chileno a partir del nuevo número 11 del artículo 10.

El entendimiento diferenciado respecto de su naturaleza —como ya lo hemos sostenido— goza de innegable predominio en la doctrina; adhesión que se remonta incluso antes de la reforma a la que hicimos alusión. Según consigna documentadamente Jiménez de Asúa⁸⁵, ya pensaban así Edmund Mezger en su *Studienbuch* y Eberhard Schmidt, en la reformulación del *Lehrbuch* de von Liszt. También defendió esta tesis Welzel⁸⁶, luego de haber reformulado su pensamiento. En la actualidad, la doctrina contemporánea no ha variado sustancialmente, y hoy puede contemplarse con claridad que corre con innegable ventaja. En España la defienden Antón Oneca⁸⁷ y Cuerda Arnau⁸⁸. Entre nosotros, le confieren reconocimiento y predominio, entre otros autores, Politoff⁸⁹, Cury⁹⁰ y García⁹¹.

En términos relativamente uniformes, la doctrina de la diferenciación coincide que en ambas situaciones —conflicto entre bienes desiguales y equivalentes— existe una colisión de intereses jurídicamente protegidos. La diferencia recae en el fundamento detrás de una y otra situación. En la colisión, por ejemplo, entre la vida y la propiedad ajena, no actúa antijurídicamente quien provoca daños en ésta para escapar de enemigos con designio homicida, pues el bien de mayor valor supera al sacrificado. Dicho desde la perspectiva de los males en conflicto, el perjuicio que se evita es mayor al que se provoca. Ante un conflicto, en cambio, entre dos vidas humanas, no podemos hablar del predominio de una

⁸⁵ Op. y vol. cit., cfr. págs. 323, 324 y 350.

⁸⁶ Op. cit., cfr. pág. 251.

⁸⁷ *Derecho penal* (anotada y puesta al día por J. Hernández y L. Beneytez), Akal, Madrid, 2ª ed., 1986, cfr. pág. 296.

⁸⁸ Op. cit., cfr. pág. 203.

⁸⁹ Op. cit., cfr. págs. 381 – 383.

⁹⁰ *Derecho penal*, etc., cit., cfr. págs. 377 y 378.

⁹¹ Op. cit., cfr. págs. 81 – 83.

sobre otra, pues se trata de bienes jurídicamente dotados del mismo valor⁹², lo que explica que el sacrificio de una de ellas suponga la antijuridicidad del acto, pero simultáneamente su exculpación fundada en las anormales circunstancias que rodean el hecho. La historia ha conocido este tipo de situaciones. Citemos a modo meramente ejemplar, los casos de *La Mignonette*, en Inglaterra, o el incendio que consumió las dependencias del célebre Teatro de Novedades, en Madrid. En el primero —narrado con detalle por Gustav Radbruch⁹³—, consecuencia del naufragio que en 1884 experimentó la nave *La Mignonette* el capitán y el timonel, luego de tres semanas sin comer y beber, dan muerte al grumete de la tripulación, alimentándose de sus restos por cuatro días. Al cuarto día del homicidio, son afortunadamente encontrados por un barco, pero en muy deplorables condiciones de salud. El capitán y el timonel fueron preliminarmente condenados a muerte, pero la Corona conmutó el suplicio por la de seis meses de prisión sin trabajos forzados. Por su parte, en el caso del incendio en plena función del teatro madrileño, acaecido en 1928 —desgarradoramente descrito por Jiménez de Asúa⁹⁴, se contemplan también confrontaciones entre vidas humanas, lo que se colige del antecedente que son menos los muertos por el fuego en comparación con los que perecieron por asfixia mecánica y traumatismos de consideración. En uno y otro caso, es posible identificar un fundamento lo suficientemente distinto a la ponderación de intereses, característico del estado de necesidad justificante. En los casos narrados, en cambio, el Derecho no está en condiciones de exigir un comportamiento heroico. No puede exigir que uno de los tripulantes decida sacrificar su

⁹² En contra, Soler, op. y vol cit., cfr. pág. 470 y 471. El jurista argentino es de la opinión que en conflictos de esta naturaleza las vidas en colisión sólo *objetivamente* están dotadas de igual valor, pero desde un punto de vista *subjetivo* —que es al que hay que atender, según su parecer— siempre la propia vida tendrá un valor superior a la del adversario. Esta razón es la elevada por el autor para defender una particular tesis unitaria sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad.

⁹³ *El espíritu del Derecho inglés* (trad. de Fernando Vela), Revista de Occidente, Madrid, 1958, cfr. págs. 111 y siguientes.

⁹⁴ *Crónica del crimen*, Editora Inter-Americana, Buenos Aires, 2ª ed., 1943, cfr. págs. 171 – 176. Conviene anotar que en la edición príncipe de esta obra —como en la segunda que nosotros manejamos— el autor sustentó la tesis que situaciones de necesidad en que colinden dos vidas se hallan fuera de los confines jurídico-penales. En la quinta de las ediciones cambia de parecer y sostiene que en estos casos se da una causa de inculpabilidad. Del tránsito experimentado por el jurista español en este sentido puede verse la recensión de esta obra escrita por Rivacoba en la *Revista de Ciencias Penales* (dirigida por Francisco Grisolfá), Ediciones Encina, Tercera época, número 1, tomo XXX, enero – junio de 1971, cfr. pág. (92 – 94) 93.

vida en beneficio del resto, ni puede esperar jurídicamente que el espectador del teatro no quiera salvar su vida, aun a costa de aquellos que se adelantan en la huída. En suma, ni a los tripulantes ni a los espectadores se les podía exigir otra conducta. Sin embargo, referirnos a esto y emplear esta terminología supone adelantarnos en el sendero que nos hemos fijado.

Es tanto el contrapeso con que domina la teoría de la diferenciación que acaso resulte oportuno referirnos al razonamiento de Enrique Gimbernat⁹⁵, principal exponente, en la actualidad, de la teoría de la unidad o unitaria. Este autor, que reiteradamente sostiene que todo estado de necesidad, incluso el que se presenta entre bienes equivalentes, es una causa de justificación, formula su crítica a los partidarios de la teoría de la diferenciación desde el punto de vista de las consecuencias que implica admitir que, ante un conflicto de esta naturaleza, el sacrificio de uno de los bienes en colisión suponga la exculpación.

Gimbernat sostiene que si se adhiere a la teoría unitaria y, por tanto, se acepta que estado de necesidad provocado por un conflicto entre bienes equivalentes es igualmente una causa de justificación, han de asumirse, fundamentalmente, tres consecuencias. En primer lugar, la participación delictiva en esa acción calificada conforme a Derecho es impune por faltar un hecho principal antijurídico. En segundo término, que la acción realizada en contexto de necesidad, al ser legítima, no puede ser rechazada con la defensa legítima. En fin, si el sujeto piensa equivocadamente que se presenta un estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales, ese error debe ser relevante, como lo es cualquier otro error sobre la existencia de una causa de justificación. Se trata de consecuencias que, en principio, los defensores de la teoría de la diferenciación tendrían que desestimar. De

⁹⁵ Hemos tomando en consideración en la síntesis de su pensamiento los siguientes trabajos del autor, a saber, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense, Madrid, 1979, cfr. págs. 61 – 63; los artículos “Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, y el “Prólogo” al libro *La colisión de deberes en el Derecho penal*, de Antonio Cuerda, ambos en el volumen misceláneo *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1990, cfr. págs. 218 – 230 y 231 – 239, respectivamente; *Justificación y exculpación en el Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, en el volumen *Justificación y exculpación*, etc. cit., cfr. págs. 63 – 71; y, en fin, diversas referencias que lo sindicaron como uno de sus pocos defensores en la actualidad. Por razones de espacio hemos omitido referirnos a otros defensores del pensamiento unitario, ora desde la vereda de la exculpación, cual Max Ernst Mayer (cfr. nota 84), ora desde la vereda de la justificación, como hace Sebastián Soler en la Argentina (cfr. nota 92), y cuyas razones, por cierto, distan mucho de las de Gimbernat.

hecho, así lo hacen cuando admiten, por ejemplo, que quien interviene como partícipe responde criminalmente.

Corolarios de este tipo —afirma Gimbernat— son absurdos. Así, y auxiliándose en el ejemplo de la tabla de Carnéades, no se explica que quien asume niveles de participación más osados, como matar de propia mano a uno de los dos naufragos, quede exento de responsabilidad criminal —lo que es posible conforme a nuestro nuevo número 11, ya que se evita un mal grave sobre un tercero, con uno que no es “substancialmente mayor al que se evita”, sino igual—; y que quien sólo entrega el arma homicida a uno de los naufragos, responda penalmente⁹⁶.

En el fondo, lo que detecta Gimbernat es una actitud un tanto deshonestas en los defensores de la doctrina de la diferenciación, pues —sostiene— “pocos consideran el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales una causa de justificación, pero muchos lo tratan como si lo fuera”⁹⁷. Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de error. Cuando el agente supone falsamente la existencia de una situación de necesidad exculpante, el error, si es invencible, excluye la culpabilidad, pues se presenta en el autor una coacción psíquica idéntica a la que correspondería a la que se suscitara ante la existencia real de la situación de inculpabilidad; es decir, independientemente de la falsedad de la situación de necesidad su autodeterminación se halla psíquicamente comprometida con motivo del error invencible sobre las circunstancias. Lo anterior supone asumir —como hace Zaffaroni⁹⁸— que si bien no se trata de un error de prohibición, se resuelve conforme a sus reglas. Esta es también la posición que defiende Küpper, y que Gimbernat⁹⁹, en respuesta a una serie de críticas formuladas contra su teoría, cuestiona en un doble sentido. En primer lugar, si por el hecho que en muchas ocasiones la situación psíquica de coacción en el estado de necesidad no anula la reprochabilidad (Gimbernat también emplea la expresión

⁹⁶ “Justificación y exculpación”, etc., cit., cfr. pág. 69.

⁹⁷ “Estado de necesidad”, etc., cit., pág. 224.

⁹⁸ *Manual de Derecho penal*. Parte general (en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar), Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 2006, cfr. pág. 591.

⁹⁹ “Prólogo”, etc., cit., cfr. págs. 237 y 238

«*motivabilidad*»), deberíamos concluir —como hace, al parecer, Küpper¹⁰⁰— que ni el error invencible ni un estado de necesidad real genera como consecuencia la exclusión de la responsabilidad criminal de un hecho típico, antijurídico y reprochable. Y en segundo término, si se admite, con Zaffaroni y Küpper, que la situación psíquica de necesidad concurre independientemente de lo aparente o real del estado de necesidad, lo decisivo es, en consecuencia, el resultado, tornándose irrelevante, en cambio, la causa que haya llevado a ese resultado, es decir, la invencibilidad o vencibilidad del error, porque en todo caso se concluirá con la impunidad del sujeto. Esta última consecuencia Gimbernat la estima desaconsejable, pues el que se equivoca venciblemente sobre un estado de necesidad estaría en un mejor pie que el que lo hace sobre una causa de justificación, como la legítima defensa. Todos estos inconvenientes —concluye Gimbernat— son superables si se adopta su tesis, que supone la impunidad en caso de error invencible y la responsabilidad penal por imprudencia (culpa) o por delito doloso atenuado si éste es vencible¹⁰¹.

Pero en términos más generales —y aún abstrayéndonos de las consecuencias antes descritas—, Gimbernat cree que la razón fundamental para estimar el estado de necesidad siempre como una justificante, estriba en que en el ámbito de la antijuridicidad las causas de justificación se explican sencillamente porque el Derecho penal, respecto de todos, a pesar de *poder, no quiere* combatir, mediante la amenaza penal, determinadas acciones. Y no quiere no porque la amenaza penal sea inidónea, sino tan sólo porque no quiere combatir en absoluto esas acciones. Esta última situación no se presenta en el terreno de la culpabilidad, donde el Derecho penal, respecto de ciertos grupos de personas, a pesar de *querer, no puede* combatir mediante la pena determinadas situaciones. Por esta razón se ve obligado a recurrir, entre otras alternativas, a las medidas de seguridad —como efectivamente acontece con los inimputables— o, derechamente, a la renuncia de la sanción penal como recurso por su ineficaz efecto disuasivo en términos de prevención especial o general —pensando, por ejemplo, en alguien que incurre en un error de prohibición

¹⁰⁰ *Ibidem*, cfr. pág. 237.

¹⁰¹ *Ibidem*, cfr. pág. 238.

invencible—; lo que no significa, en caso alguno, que se trate de acciones que, por eso, dejen de estar prohibidas. Éstas continúan intactas en el terreno de la antijuridicidad¹⁰².

Cabe, empero, dejar constancia que el pensamiento de Gimbernat es minoritario y paralelamente destinatario, desde todas las corrientes, de severas críticas.

Roxin¹⁰³, desde el pensamiento diferenciador heterodoxo, afirma que si bien el punto de partida de Gimbernat es adecuado, es decir, que es efectivo que en la situación de necesidad ante un conflicto entre bienes equivalentes la culpabilidad en el sentido de capacidad de actuación conforme a la norma no desaparece del todo, el jurista español pasa por alto que la renuncia a la pena en tal caso no tiene por qué deberse necesariamente a una justificación, ya que puede presentarse el hecho que el legislador no estime, en ese caso, indispensable la punición del hecho por él desaprobado. El castigo —continúa Roxin— “sería politicocriminalmente inadecuado”¹⁰⁴. Por lo demás, en este tipo de situaciones la pena no surtiría ni efectos preventivo generales —la infrecuencia de estas situaciones la hace superflua—, como tampoco preventivo especiales —el necesitado está socialmente integrado, sólo que por una situación límite tuvo la necesidad de delinquir¹⁰⁵—, de manera que el legislador, de modo indulgente, excluye la responsabilidad jurídico-penal, lo que no supone la justificación.

¹⁰² “Estado de necesidad”, etc., cit., cfr. pág. 224.

¹⁰³ Op. cit., cfr. pág. 898.

¹⁰⁴ *Ibidem*, íd.

¹⁰⁵ *Culpabilidad y prevención en el Derecho penal* (trad., introducción y notas por Francisco Muñoz Conde), Reus, Madrid, 1981, cfr. pág. 73. Hirsch, “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”, en *Justificación y exculpación*, etc., cit., cfr. págs. 49 y siguientes, crítico de este planteamiento, estima que el profesor de Múnich confunde causa y consecuencia, ya que los criterios de prevención no son la causa de la exculpación, sino la consecuencia de que no concurre la culpabilidad jurídicamente relevante, es decir, sobre la base del pensamiento roxiniano de que el «hombre medio» en situación de peligro difícilmente se motivará por la norma, vincula dos categorías completamente distintas. Mientras que la culpabilidad se refiere al hecho, es decir, a algo que se encuentra en el pasado, la prevención, que él introduce en este ámbito, tiene el hecho como presupuesto y lo proyecta hacia el futuro.

Cerezo Mir¹⁰⁶, por su parte, estima que la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad y, por extensión, entre causas de justificación y exculpación, según si la pena posee o no eficacia inhibitoria, no es convincente. Si bien, en términos generales, la pena podría tener éxito inhibitorio, hay supuestos en que no es así o, a lo menos, resulta problemático que así sea. Piénsese —continúa Cerezo— en los supuestos de agresión ilegítima contra la integridad corporal o contra la vida en la legítima defensa; o en los conflictos entre dos vidas humanas o entre la integridad corporal de dos personas en el estado de necesidad. Se trata de situaciones —que incluso el mismo Gimbernat reconoce¹⁰⁷— en que la pena no cumple ninguna función disuasiva. Lo que en fondo critica Cerezo¹⁰⁸, es que si se quiere ser consecuente con la propuesta de Gimbernat y llevarla hasta las últimas consecuencias, habría que admitir la posibilidad que cada una de las eximentes goce de una doble naturaleza jurídica, dependiendo si la pena cumple o no con su cometido inhibitorio.

Finalmente, Hirsch¹⁰⁹ cree que del pensamiento unitario derivan consecuencias materialmente inadecuadas, ya que si el ordenamiento jurídico admite que se pueda salvar de forma lícita la propia vida a costa de la vida de otro sujeto no implicado, una acción de estado de necesidad semejante no constituiría, en cuanto que justificada, agresión antijurídica, de manera que al sujeto no implicado le sería excluido el derecho de defensa legítima; le incumbiría, por tanto, un deber de tolerar. Frente a la objeción, Gimbernat cree que en este caso cabe invocar nuevamente estado de necesidad, pues sólo de este modo se podrá arribar a un resultado más justo: ya que en el estado necesario rige el principio de proporcionalidad, el mal causado no puede ser mayor al que se evita. Sólo así los dos naufragos de la tabla de Carnéades están en un plano de igualdad. Sin embargo, Cerezo¹¹⁰

¹⁰⁶ “La posición”, etc., cit., cfr. págs. 28 y siguientes.

¹⁰⁷ “Estado de necesidad”, etc., cit., cfr. pág. 225, en que afirma: “Ciertamente que existen situaciones límites, como la de la tabla de Carneádes, en las que es más que dudoso que la pena pueda ejercer alguna influencia sobre un autor que sólo puede salvar su existencia física a costa de la vida de otro”, es decir, lo que sostiene Gimbernat es que habría que atenerse a lo que sucede en la mayor parte de los casos a la hora de determinar la naturaleza jurídica de una eximente.

¹⁰⁸ “La posición”, etc., cit., cfr. pág. 28.

¹⁰⁹ Op. cit., cfr. pág. 127.

¹¹⁰ *Curso*, etc., cit., cfr. pág. 264.

estima que ello no es efectivo, pues al ser lícitas ambas actuaciones el Derecho se inhibiría de resolver un conflicto que quedaría entregado a la ley del más fuerte.

3. *Fundamento material del estado de necesidad exculpante.*— En general, no existen mayores contrapesos a la opinión dominante sobre la inexigibilidad de otra conducta cual fundamento del estado de necesidad exculpante. A lo menos en Chile —sólo a partir de una descripción teórica—, no hallamos opiniones disidentes sobre el particular. Antes bien, las discrepancias aparecen al concebir la inexigibilidad como causa general y supralegal de inculpabilidad —como se propuso originalmente en Alemania—, de aplicación independiente a lo que de manera más o menos unánime la ciencia penal nacional ha denominado “causas legales de inexigibilidad”¹¹¹.

Para justificar las notas que suceden, sirvámonos de la adecuada delimitación que Jiménez de Asúa hace del problema. Bajo el rótulo “causas específicas de no exigibilidad”, analiza, entre otras hipótesis, el estado de necesidad en que colisionan bienes iguales. Como bien recapitula el jurista madrileño, si bien ha de entenderse como fundamento de la necesidad inculpable la no exigibilidad de otra conducta —como hicieron Mezger y Maurach aferrándose a las viejas fórmulas de la propia conservación y de que no se puede exigir el heroísmo—, cuando se introduce positivamente un estado necesario de términos latos, no referido únicamente a los casos de justificación, ese estado de necesidad exculpante, dogmáticamente fundado en la no exigibilidad, funciona como “una propia causa de inculpabilidad”¹¹².

En lo concerniente al origen de la noción, no es casual que se haya gestado de manera conjunta con la concepción normativa de la culpabilidad. Incluso por vía intuitiva podemos percibir la incompatibilidad entre categorías conceptuales como «reproche», «exigibilidad» o «circunstancias concomitantes», con una versión acotada de la culpabilidad, sólo comprensiva de una simple conexión causal de índole psicológica, es decir, culpabilidad

¹¹¹ Cfr., por todos, Cury, *Derecho penal*, etc., cit., pág. 451 (véase nota 297, en que describe el panorama nacional de opiniones, a favor y en contra). Cfr., asimismo, nuestro parecer indicado *supra*, II, 1, *in fine*.

¹¹² *Tratado*, etc., cit., tomo VI (“La culpabilidad y su exclusión”), 2ª ed., 1975, pág. 986.

como la mera relación psíquica del autor con el resultado externo de su conducta, como quiso, entre otros, von Liszt¹¹³.

Sin embargo, es justo reconocer que la idea de inexigibilidad nace en sede judicial, no obstante su ulterior tratamiento científico.

Conocidos y reiterados son los casos del caballo resabiado [*Leinenfänger*] y de la cigüeña [*Klapperstoch*] en que tiene cabida, en el ámbito de la culpa y el dolo, respectivamente, la teoría de la inexigibilidad de otra conducta. Para facilitar el entendimiento, refirámonos sucintamente a los hechos. En el primero, un cochero al tanto de la agitación del animal, advierte a su patrón de los riesgos que supone hacer el recorrido en esas condiciones. Éste se niega a la advertencia y amenaza al cochero con despedirlo si no acata la orden de prestar normalmente los servicios. El cochero cumple y, como se esperaba, pierde el control del caballo derribando a un transeúnte que se encontraba al lado de la calzada. En el segundo de estos paradigmáticos episodios, una empresa minera adoptó como medida en beneficio de sus trabajadores conceder un día de descanso al trabajador cuya mujer diera a luz. La empresa comenzó a sospechar que ningún niño nacía en domingo o día festivo. Investigados los acontecimientos, se averiguó que los trabajadores amenazaban constantemente a la comadrona con prescindir de sus servicios si no accedía a hacer figurar en día laborable las criaturas que nacían en fechas dominicales o festivas. Basados en la idea de inexigibilidad de otra conducta, los tribunales exculparon al cochero y a la comadrona, pues en uno y otro caso, atendida sus especiales circunstancias, no se les podía exigir dejar de percibir su sustento de vida. En términos relativamente semejantes a la construcción suprapositiva en materia justificación, la inexigibilidad como causa general y supralegal de exculpación, surge consecuencia de los acotados términos con que se reguló la violencia moral o coacción y el estado de necesidad exculpante en los ya referidos §§ 52 y 54 del *StGB*.

Como indicamos, no es casualidad que los defensores del normativismo en materia de culpabilidad admitan —en mayor o menor medida— la inexigibilidad de otra conducta

¹¹³ Op. y vol. cits., cfr. págs. 366 y siguientes.

como causa general y suprallegal de exculpación. Para ilustrar lo antedicho, refirámonos sólo a las apreciaciones de los príncipes de este entendimiento: Reinhard Frank, James Goldschmidt y Berthold Freudenthal¹¹⁴.

Al primero de estos autores se atribuye el doble mérito de reputar la culpabilidad cual *reprochabilidad* e introducir como elemento de aquélla las llamadas *circunstancias concomitantes*. Estas últimas, en términos generales, corresponden a aquellas que rodean el hecho antijurídico y que, en situación de anormalidad, tienen la capacidad de atenuar o excluir la culpabilidad¹¹⁵. Junto a la imputabilidad y al dolo o culpa, Frank estima necesario para formular un reproche la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa. En efecto, las referidas circunstancias, en tanto requisito del reproche, suponen, en consecuencia, que éste no tiene lugar “cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar”¹¹⁶, como acontece en los ya reiterados §§ 52 y 54, disposiciones que en su concepto son formas de negación de la reprochabilidad de la acción. Dicho en otros términos, las circunstancias concomitantes, medio para determinar la exigibilidad¹¹⁷, son anormales cuando para el autor o un tercero significan un peligro.

Goldschmidt, toma parcial distancia de Frank, mas siempre al interior del normativismo. A diferencia de éste, aquél estima que las circunstancias concomitantes o motivación normal —para emplear la terminología posterior de Frank—, el dolo o la culpa, y la imputabilidad, no forman parte de la culpabilidad. Ésta, por el contrario, sólo se reduce a un juicio de reproche basado en la exigibilidad, que tiene por contenido la reprochabilidad

¹¹⁴ Se colige de la lectura de las obras que a continuación citaremos que las diferencias entre estos autores en materia de inexigibilidad estriban en si ésta es concebible en el ámbito de los delitos dolosos. Freudenthal, por ejemplo, es partidario de extenderla, no así Frank y, por influjo de éste, Edmund Mezger.

¹¹⁵ *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad* (trad. Gustavo E. Aboso y Tea Löw, y con un estudio [La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad] de Gonzalo Fernández), Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, cfr. págs. 39 y 30, respectivamente.

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 41.

¹¹⁷ Así, Fernández, *La fundación*, etc. cit., cfr. pág. 17; y Jiménez de Asúa, *Tratado*, etc. cit., tomo V (“La culpabilidad”), 3ª ed., 1976, cfr. pág. 165. Sigue a Frank, entre nosotros, Cury, *Derecho penal* etc., cit., cfr. pág. 450, al definir la exigibilidad en función a las precitadas circunstancias concomitantes.

de no haber obrado, pudiendo hacerlo, en conformidad con el deber jurídico. En esa línea, según Goldschmidt, si bien la motivación normal no es el único presupuesto de la exigibilidad y de la reprochabilidad, la motivación anormal, esto es, la anormalidad de las circunstancias, en vez, constituye el único presupuesto de la no exigibilidad. Como escribe Goldschmidt y transcribe Jiménez de Asúa: “Así como el reconocimiento de las causas de justificación «supralegales» estriba en la idea básica del interés preponderante para la comunidad jurídica, el reconocimiento de causas de exculpación «supralegales» estriba en el concepto básico de que no hay motivos que el ordenamiento jurídico deba reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio”¹¹⁸.

Pero es Berthold Freudenthal quien identifica la exigibilidad de otra conducta como soporte material de la culpabilidad. A él se confiere el mérito de defender la inexigibilidad de otra conducta como causa general y supralegal de culpabilidad en términos más abiertos que Frank, que era reacio a admitirla en materia de delitos dolosos¹¹⁹. Con cita de Beling, Freudenthal cree que el Derecho reclama de aquellos a quienes subordina que se ajusten en sus decisiones a las regulaciones valorativas establecidas por aquél, siempre que esto les sea posible; mas si esta posibilidad está ausente también lo está la reprochabilidad jurídica y, por tanto, la culpabilidad. Es pocas palabras: “sin el poder del autor, falta su culpabilidad”¹²⁰, poder que según Freudenthal falta en la situación de peligro del estado de necesidad. Si se ausenta el poder también lo hace la evitabilidad de lo perpetrado, la reprochabilidad del hecho, la exigibilidad de no haber obrado, es decir, la culpabilidad¹²¹.

¹¹⁸ *La concepción normativa de la culpabilidad* (trad. M. de Goldschmidt y R. Núñez, con estudios de éste y Edgardo Donna), Editorial B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2ª, 2002, pág. 120. La presencia de James Goldschmidt entre los campeones del normativismo en materia de culpabilidad, es repasada de modo exhaustivo por Jiménez de Asúa, en los tomos V y VI, cits., cfr. págs. 166 – 169 y 222 – 227, y 937 – 938, respectivamente, de su *Tratado*, etc., cit. Del autor puede examinarse, *Problemas generales del Derecho*. Obra póstuma, (Prólogo de Eduardo J. Couture), Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, cfr. págs. 48 – 50, en que trata de pasada lo que de modo sucinto hemos anotado.

¹¹⁹ Politoff, op. cit., cfr. págs. 423 y 626.

¹²⁰ *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal* (trad. y Prólogo de José Luis Guzmán, con un Estudio [Culpabilidad normativa y exigibilidad] por Gonzalo Fernández, y una semblanza del autor por Friedrich Geerds), Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pág. 71.

¹²¹ *Ibidem*, pág. 73.

En esa línea de pensamiento acaso cueste hallar una oración más sintética y clara que la escrita por von Hippel y recordada por el mismo Freudenthal: “el deber de evitar presupone el poder evitar”¹²². En fin, como adecuadamente prologa Guzmán, Freudenthal se “limita a pedir que la culpabilidad sea negada allí donde, con arreglo a dichas circunstancias y tal poder, no era de esperar razonablemente que el autor obrara de acuerdo con su deber jurídico”¹²³.

Otra de las materias que con ocasión de la exigibilidad ha sido polémica y reacia a zanjarse, es la forma de cómo ésta ha de ponderarse. El criterio de nuestro último autor — individualizador— no supo captar suficientes adherentes, pues la doctrina penal mayoritaria adoptó entonces —y defiende con fuerzas hoy— un criterio objetivo y generalizador: el criterio del hombre o ciudadano medio de actuación alternativa. En nuestro país adhiere a este parecer Eduardo Novoa¹²⁴ y, tras cambiar de opinión, Enrique Cury¹²⁵; fuera de él, y como ya anotamos, Goldschmidt¹²⁶. Sergio Politoff, por el contrario, señala que se debe tener en cuenta al momento de determinar la medida de exigencia la regulación positiva de cada ordenamiento. Así, por ejemplo, en Alemania goza de predominio el criterio del hombre medio consecuencia de la especial regulación que en ese país tienen las causas legales de exculpación. El estado de necesidad exculpante y el exceso de legítima defensa —prosigue Politoff— están objetivamente descritos en el Derecho alemán, pues circunscribe la órbita de eventuales favorecidos por la norma, de modo que el efecto psicológico en el sujeto sólo se supone a través de una generalización y no, en cambio, mediante un examen concreto del individuo y su capacidad de resistencia a los estímulos. En fin, a propósito de la fuerza irresistible —y con expresas referencias al parecer de Jorge Mera—, estima que no deben tomarse en cuenta, de manera exclusiva, factores objetivos,

¹²² *Ibíd.*, pág. 77.

¹²³ *Ibíd.*, pág. 17.

¹²⁴ *Op. y vol. cit.*, cfr. pág. 528.

¹²⁵ *Derecho penal, etc.*, cit., cfr. págs. 450 y 451.

¹²⁶ Cfr. texto y nota 118.

sino los particulares del sujeto¹²⁷. En Italia, ya en la primera mitad del siglo XX, y con motivo de las relaciones entre acción y voluntad, Giacomo Delitala¹²⁸ censuró el recurso del “hombre de la calle”, adjetivándolo de acientífico e inexistente. Según el maestro sardo, existen tantos juicios como son los hombres de la calle, y la media resultante no puede tener mayores pretensiones de validez que los juicios individuales.

Finalmente, para coronar la presencia incuestionable de la no exigibilidad, refirámonos, con Jiménez de Asúa¹²⁹, a la debilidad de las objeciones que sobre ella recaen. Se dice, de una parte, que despeña la seguridad jurídica y que, de otra, reblandece la estructura del Derecho penal. Lo primero no es cierto. Si bien es efectivo que la seguridad del Derecho constituye una pieza principal de su fortaleza, no se puede, en nombre de la seguridad, arribar a consecuencias materialmente injustas. Lo opuesto significa admitir que seguridad jurídica es sinónimo de legalismo. En segundo término, tampoco es efectivo tal reblandecimiento del Derecho punitivo: éste acontece cuando no se pena un delito no obstante concurrir todas sus características, y no, en cambio, cuando falta la culpabilidad jurídico-penal por inexigibilidad de otra conducta¹³⁰.

4. Cuestiones generales del tipo.—

4.1. *Bienes jurídicos involucrados en la colisión.* Desde un punto de vista jurídico comparado, el número 11 del artículo 10 del Código penal chileno, toma distancia respecto de aquellas normas que, según consta en la historia fidedigna de la Ley que lo introdujo, se

¹²⁷ Op. cit., págs. 628, 629 y 641. Las palabras de Mera señalan: “las posibilidades del hombre medio de realizar una acción alternativa” es una cuestión formulada acerca de una ficción, que implica “sacrificar al individuo concreto en nombre de un inexistente sujeto ideal”.

¹²⁸ *El «hecho» en la teoría general del delito* (trad. y Estudio preliminar de Pietro Sferrazza T., revisión y Prólogo de José Luis Guzmán D.), Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, cfr. pág. 168.

¹²⁹ *Tratado*, etc., cit., tomo VI (“La culpabilidad y su exclusión”), cfr. pág. 985.

¹³⁰ Acerca de la primera de las críticas pueden examinarse los razonamientos que, con motivo del principio de insignificancia, Guzmán Dalbora imprime a la anacrónica confusión entre legalismo y seguridad jurídica, en su libro *Cultura y Delito*, cits., cfr. págs. 76, 77 y 91.

tuvieron en consideración al momento de construirlo¹³¹. El encabezado de la disposición, lejos de referirse a los bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos y sacrificados, sólo se limita a advertir que la norma cobra vigor cuando se obra para evitar un mal grave para la persona o derechos del necesitado o de un tercero. Por su parte, las circunstancias que han de concurrir para generar el contexto de necesidad inculpante, tampoco arrojan pistas sobre el particular.

Nuestra disposición, entonces, se diferencia en esta materia de la técnica legislativa empleada por influyentes ordenamientos, como el alemán¹³². El § 35 del *StGB* fija un límite cualitativo a través de un acotado catálogo de bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos y sacrificados. En efecto, señala que la actuación necesaria sólo supone la exculpación cuando existe peligro o amenaza para la vida, la integridad física o corporal, o la libertad¹³³.

En Alemania se han formulado algunas explicaciones al ya tradicional régimen de *numerus clausus* por el que optó el *StGB* —que se remonta, con un matiz, al viejo § 54—. Se trata, al mismo tiempo, de explicaciones que estimamos importantes para formular, a continuación, nuestras apreciaciones respecto de la decisión del legislador patrio.

Prescindiendo de las discusiones respecto del alcance de los bienes jurídicos comprendidos en la norma —inclusión o exclusión de la vida intrauterina o de la integridad sexual, en la referencia a la “vida” o “integridad corporal”, respectivamente— las opiniones no difieren en lo substancial: algún sentido tiene la acotada lista de bienes jurídicos del citado parágrafo.

¹³¹ Cfr. *supra*, I, 1. El profesor Enrique Cury, gestor y promotor de su introducción afirmó, en el seno de la deliberación parlamentaria, que nuestra norma tuvo en consideración las disposiciones italiana y alemana.

¹³² Cfr. *supra*, I, 1, nota 32. Véase, asimismo, el artículo 20 del Código penal peruano, *supra*, I, 1, nota 7, que de manera evidente recibe el influjo del *StGB*.

¹³³ Tras las modificación que en 1975 experimentó el *StGB*, se incluye el bien jurídico libertad, no comprendido en el antiguo § 54, que sólo aludía a la vida e integridad física o corporal. Con esta ampliación se pensó fundamentalmente en las afectaciones que la libertad puede sufrir en la configuración del tipo de detenciones ilegales. La razón de la inclusión, según Hirsch, “La regulación”, etc., cit., cfr. pág. 138, descansa en la especial significación que tiene este bien jurídico para un ordenamiento “constitucional liberal”.

Con motivo de los intentos españoles de introducir una reforma en materia de estado de necesidad, Hirsch¹³⁴ sostiene que ésta debe evitar una inclusión indiscriminada de bienes jurídicos. Justamente por tratarse de una “presión motivacional extrema” que da lugar a la inexigibilidad de un comportamiento con arreglo a la norma, una exclusión de la culpabilidad por estado de necesidad sólo entra en consideración —por lo anterior—, en acciones para la salvación de bienes jurídicos individuales de jerarquía elevada, como la vida, la integridad corporal o la libertad. Bajo esa máxima, estima inadecuada la tesis de Cerezo Mir, consistente en añadir en el estado de necesidad disculpante, junto a la vida, integridad corporal y libertad, bienes patrimoniales de elevado valor, ya que así se desfiguraría la fisonomía jurídica de esta variante de estado de necesidad. Que se trate de bienes jurídicos de jerarquía elevada —como anota Hirsch— explica la idea básica que distingue el estado de necesidad exculpante, pues sólo respecto de determinados bienes jurídicos, que podemos calificar de esenciales, y sólo a partir de una entidad importante del peligro o amenaza, es dable admitir una disminución en la autodeterminación conforme a Derecho; por lo mismo, en consecuencia, afectaciones exiguas a la libertad o a la integridad física no autorizan la exculpación¹³⁵.

Claus Roxin¹³⁶, en sus constantes intentos por conectar las discusiones de tenor estrictamente dogmático con la teoría de los fines de la pena, estima que la razón tenida en vista por el legislador alemán para ser escueto en materia de bienes jurídicos es evitar un cuestionamiento de las conminaciones penales. Concretamente, una técnica legislativa amplia e indiscriminada en esta materia contraviene, según Roxin, los intereses de preventivo generales de la pena. Reinhart Maurach¹³⁷, a su turno, afirma que sólo los bienes señalados por la ley pueden fundar la exculpante, y que la vulneración de otros bienes jurídicos, como el honor o el patrimonio, no son suficientes en sí. Por su parte, Günther

¹³⁴ “La regulación”, etc., cit., cfr. págs. 138 y 139.

¹³⁵ Así, Jecheck y Weigend, op. cit., cfr. págs. 517 y 518.

¹³⁶ Op. y vol. cits., cfr. pág. 905.

¹³⁷ Op. cit., cfr. pág. 573.

Stratenwerth¹³⁸ es de la opinión que por no tratarse de una situación en que corresponda ponderar bienes, sino valorar una hipótesis de inexigibilidad de otra conducta ajustada a Derecho, no es posible extender las situaciones de necesidad exculpante a otros bienes jurídicos distintos de los consagrados por el legislador, sino, por el contrario, circunscribirlos a aquellos que tengan el carácter de individual, es decir, que sean “especialmente cercanos al autor”.

Sin embargo, a la hora de analizar la salvaguarda de bienes jurídicos distintos de los de modo expreso incluidos en el estado de necesidad exculpante alemán, pero próximos en importancia, se debate en torno a la pertinencia de la aplicación del precepto. En esa línea, suele citarse el ejemplo del labrador que, a consecuencia de un incendio que afecta a su granja, salva primero a los animales de ésta antes de despertar al criado, que fruto de la demora sufre lesiones de gravedad. Stratenwerth¹³⁹ no obstante reconocer el objetivo del legislador —“impedir que se amplíe descontroladamente el campo de acción de la inexigibilidad”— estima que una interpretación excesivamente ajustada a la letra de la ley puede generar problemas respecto de aquellas amenazas de gravedad similar, como acontece en el caso descrito. Frente a lo anterior, Jakobs¹⁴⁰ cree que por ser la granja, para *ese* labrador, un bien insustituible, corresponde una atenuación de la pena fruto de una interpretación analógica del § 35. En los antípodas de esta solución se halla el ya citado Roxin¹⁴¹, que sostiene que un proceder analógico supondría una relativización de los bienes jurídicos más esenciales y, con ello, una alteración a las representaciones valorativas de la ley. Es estricto respecto de los términos empleados por la disposición en cuestión, por lo que tampoco justifica su extensión a bienes materiales irremplazables. Por lo mismo, una atenuación de la pena en los términos de Jakobs, sólo es posible mediante una *inteligencia de lege ferenda*.

¹³⁸ Op. y vol. cits., pág. 266.

¹³⁹ *Ibidem*, íd.

¹⁴⁰ Op. cit., cfr. pág. 692.

¹⁴¹ Op. y vol. cits., cfr. pág. 906.

En Chile tratan específicamente el tema, con referencias a la legislación tudesca, García y Cousiño. La explicación que ofrece el primero estos autores ante a la técnica legislativa del *StGB*, señala que de este modo, con un catálogo acotado de bienes jurídicos, no se llegaría al absurdo de tener que exculpar en todos los casos en que alguien prive a otro de un bien para no perder otro de igual valor¹⁴².

Por el contrario, y viendo satisfechas sus apreciaciones con la amplitud cualitativa mostrada por nuestro estado de necesidad exculpante, Cousiño sustenta la tesis que, con prescindencia de lo estrecha que pueda ser la redacción de la ley en esta materia, “todos los derechos y bienes jurídicos —repartidos, en su clasificación, entre las categorías «patrimonio físico» y «patrimonio moral»— pueden ser protegidos cuando ellos se encuentren en peligro actual”¹⁴³, mas siempre dentro de los límites del estado necesario. Es decir, según su criterio, no sólo el cuerpo o la propiedad, sino cualquier otro derecho o bien protegido por una norma jurídica es susceptible de ser invocado en una situación de necesidad, razón por la que expresamente fustiga el antiguo § 54 alemán —que acotaba la protección a la vida e integridad corporal— y celebra la extensión del actual § 34, que amén de comprender la necesidad justificante sobre eventuales afectaciones a la vida, cuerpo, libertad, honor y propiedad, estira el manto justificante bajo la omnicompreensiva frase “u otro bien jurídico”¹⁴⁴.

Descrita en forma de síntesis el panorama de opiniones predominantes en Alemania, se puede avizorar el tenor de las críticas que la redacción de esta eximente nos merece. Éstas, en consecuencia, pueden formularse desde un triple punto de vista. En primer lugar, teniendo presente el fundamento de la necesidad exculpante, que supone en el necesitado una motivación psíquica anormal provocada por circunstancias extraordinarias que dan

¹⁴² Op. cit., cfr. pág. 94 – 96.

¹⁴³ Op. cit., tomo II, págs. 377 y 378. Las referidas categorías Cousiño las colma de la siguiente manera: a la primera categoría pertenecerían la vida e integridad corporal, como los derechos defendibles por antonomasia; la libertad material, o de desplazamiento; la libertad de reunión; y la propiedad. A la segunda, por su parte, la libertad espiritual y moral; el derecho de honestidad y honorabilidad, que incluye el honor sexual; y la esfera de intimidad (cfr. págs. 220 – 232 para un análisis detallado de cada una de estas categorías).

¹⁴⁴ *Ibidem*, cfr. pág. 380.

lugar a una deformación de la voluntad. Dicho en otros términos, el sujeto se halla en una situación límite, de la que no puede huir o prescindir y que además, en principio, no está obligado a tolerar. De modo que la salvaguardia de sus propios intereses sólo es posible mediante el sacrificio de intereses de idéntico valor de un tercero, por lo que dicha inmólación sólo resulta comprensible respecto de bienes jurídicos esenciales, insustituibles o irremplazables, cuya pérdida resulte irreversible, como acontece con la vida. Por otro lado, al no limitar los bienes jurídicos amenazados, se torna cuestionable la necesidad de introducir este instituto en nuestro sistema, ya que la función de exculpar la cumple —según la doctrina chilena—, sin dudas el miedo insuperable y, según la opinión hoy dominante, también la fuerza irresistible, instituciones sobre cuya amplitud en materia de bienes jurídicos ya aludimos.

Pero además, finalmente, estimamos inadecuado el silencio de la disposición en este aspecto, tomando en cuenta el escenario legislativo en que se gestó. Si bien finalmente se trata de una norma de alcance general, cuyos destinatarios son indistintamente hombres y mujeres, y que no exige vínculos de ninguna índole entre los involucrados ni tampoco un contexto previo de violencia, no debe perderse de vista que se trató de una norma originalmente destinada a conferir impunidad a mujeres que atentaban contra la vida o integridad física de sus cónyuges, convivientes o con quienes mantenían algún tipo de relación afectiva, como forma de poner término a una historia de violencia y malos tratos permanentes en el tiempo ejercidos en su contra. Luego, su sentido sólo se explica si se lo asocia a bienes como la vida, la integridad física o la libertad. De lo contrario se cae en el absurdo que anota con agudeza García y que desdibuja los acotados lindes de la disculpa jurídico-penal.

4.2 Sujeto activo, auxilio de terceros y personas que tienen la obligación jurídica de intervenir. En términos elípticos e impersonales —“*El que*”—, el encabezado del número 11 se refiere —nuevamente en términos latos—, al sujeto activo que atenta, mediante un delito, contra un bien jurídico de valor idéntico de un tercero mediante la actuación necesaria. El sujeto activo es, por tanto, el necesitado, es decir, quien padece la

anormalidad motivacional que lo induce a actuar típica y antijurídicamente, y de ese modo, evitar un mal grave para su persona o un tercero. *En principio*, en consecuencia, cualquier persona, cumpliéndose las circunstancias ulteriormente exigidas, quedaría exculpada. Advertimos, sin embargo, que esta amplitud sólo cobra vigencia “en principio”, pues, como veremos, la circunstancia 4ª establece una exigencia adicional —formulada de forma indirecta—, acerca del círculo de personas que tienen la obligación jurídica de intervenir.

El encabezado alude a dos situaciones. En primer lugar, al necesitado que actúa para evitar un mal grave para su persona y, en segundo, al que lo hace para proteger la persona o derechos de un tercero. La primera situación creemos que no merece, por ser básica y razonable, más palabras. Sobre la segunda hipótesis, en cambio, es posible formular más de alguna apreciación, máxime considerando que nuestra legislación es menos severa o estricta que otras al momento de regular lo concerniente al círculo de personas privilegiado por la disculpa.

Dicho esto, reiteremos que nuestra norma habla genéricamente de la persona o derechos de un “tercero”, no exigiendo, en cambio, la existencia de algún tipo de relación entre quien interviene y aquel cuyos bienes jurídicos estaban siendo amenazados por el mal. Un somero análisis comparado nos permite concluir que nuestra opción legislativa no está del todo aislada. La italiana, por ejemplo, en el artículo 54 del Código penal, emplea los latos términos de “salvar *a otros* de un peligro”; o la española, cuyo artículo 20 número 5 alude al que para “evitar un mal propio *o ajeno* lesione un bien jurídico o infrinja un deber”. En la misma línea del ibérico, regulan el instituto el Código penal boliviano en su artículo 12, y el Código colombiano, en el artículo 32 número 7. El Código suizo, por su parte, en su artículo 34 número 2 se refiere ampliamente a la actuación necesaria para salvaguardar “un bien *de otro*”.

Frente a la técnica descrita se halla la que de modo insigne representa el *StGB* y que sigue, entre otros cuerpos legislativos, el Código peruano. Este último exige que entre el sujeto que interviene y aquel cuyos bienes corren peligro exista “una estrecha relación”, pudiendo ser ésta, en consecuencia, familiar, afectiva, de amistad u otra análoga. El § 35

del *StGB* supera en precisión a la norma peruana y, por cierto, a la chilena, ya que versa sobre un circunscrito círculo que amén de comprender al propio necesitado, sólo se extiende a parientes o personas a él allegadas. Apartándonos de la discusión que suscita entre los autores el alcance de uno y otro grupo —parientes y allegados— la razón de la opción del legislador alemán de aludir a un círculo de personas identificables y no, en cambio, indiscriminado, se explica, con Roxin¹⁴⁵, otra vez desde la perspectiva de la prevención general. Según el profesor de Múnich es impreciso afirmar que el acotado círculo de personas privilegiado por la disculpa se explique por el hecho de que la situación de presión anímica sólo se presenta, la mayoría de las veces, respecto de las personas con las que se tiene o un vínculo parental o uno de índole informal, ya que la presión anímica también puede presentarse respecto de personas que no tienen la calidad o condición de allegadas, como ocurre con el admirado en secreto, en cuyo caso, al tenor del § 35, la exculpación sería inadmisibile. Según su opinión, en consecuencia, sólo respecto de parientes y personas allegadas al necesitado el hecho en sí desaprobado realizado en contexto de necesidad resulta comprensible a la opinión pública.

Por nuestra parte, amén de lo peligroso y ambiguo que puede resultar el concepto de opinión pública con el que Roxin, en última instancia, hace descansar las razones del legislador en esta materia, estimamos que una explicación más adecuada de una decisión legislativa de estas características estriba en la situación de presión anímica que afecta al interviniente, que cuando actúa a favor de ciertas personas lo hace “como si se tratara de un riesgo que le amenazara a él mismo”¹⁴⁶.

Jiménez de Asúa¹⁴⁷ —en un análisis libre de referencias a ordenamientos jurídicos en particular—, cree no se actúa inculpablemente cuando se interviene a favor de desconocidos. Empero, tampoco es partidario de regular esta situación en términos taxativos, sino, en cambio, defensor de conferir al juez facultades para ponderar los

¹⁴⁵ *Derecho penal*, etc., cit., cfr. págs. 908 – 910.

¹⁴⁶ Así, Jescheck y Weigeid, op. cit., pág. 516.

¹⁴⁷ *Tratado*, etc., cit., tomo IV (“El delito”), cfr. pág. 395 y siguientes.

vínculos existentes entre el necesitado y el tercero que interviene, pues —parafraseando a Berner— “en estado de necesidad no hay tiempo ni la presencia de espíritu de investigar si se encuentra uno en la lista de allegados a quienes el Código faculta para intervenir”¹⁴⁸, razón por la que estima exagerados algunos criterios para determinar la inculpabilidad de la actuación, como el de “identidad de persona”, que sólo atribuye efecto exculpante a la actuación cuando aquella persona en cuyo favor se interviene está, por su parte, dispuesta a sacrificarse por quien en los hechos actúa.

Establecida, en consecuencia, la inherente conexión entre el fundamento del estado de necesidad exculpante y una actuación a favor de ciertos terceros, no puede sino resultar censurable la imprecisa redacción de nuestro precepto, que nuevamente corrompe los rasgos más característicos del instituto. En efecto, se podrá estar frente a una situación límite, en muchos casos trágica y que despierte las más dolorosas sensaciones, pero que no necesariamente alcanzará los niveles de anormalidad motivacional de la inexigibilidad de otra conducta que mueven a un sujeto a actuar en favor de un tercero con el que sí guarda algún vínculo. El sujeto podrá sentir impotencia u otro sentimiento análogo, pero no la presión motivacional inherente a aquellas situaciones en las que el afectado es un pariente o una persona cercana.

Por último, hemos adelantado que la situación de aquellas personas a las que les es jurídicamente obligatorio intervenir en contextos de necesidad está regulada en términos indirectos. En efecto, de esta situación se hace cargo la circunstancia 4ª de la disposición que examinamos, al exigir “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”.

Sostenemos que se trata de una regulación indirecta considerando la desplegada en otras legislaciones —como la española, italiana o alemana—, que prevén en términos explícitos la situación de aquellas personas que, por su profesión, cargo u ocupación, tienen la

¹⁴⁸ *Ibidem*, pág. 396. La referencia —como se comprenderá— es al *StGB*.

obligación jurídica de intervenir. Pasemos revista a estas legislaciones y a las principales reflexiones que con motivo de ellas se han formulado.

En lo que concierne a España, existe una tradición de incluir cual requisito del estado de necesidad que el necesitado “no tenga por oficio o cargo, la obligación de sacrificarse”. Con esas palabras se reguló en el Código de 1944, y se regula actualmente en el artículo 20 número 5, requisito 3º del Código penal. Las precisiones que sobre esta exigencia señala Jiménez de Asúa¹⁴⁹ —suscritas, por cierto, por parte importante de la doctrina española¹⁵⁰— son fundamentalmente cuatro. En primer lugar, el deber de afrontar el peligro ha de ser impuesto *jurídicamente*, por vía legal o contractual. Este deber, en los hechos, es normalmente exigido por Código militares u Ordenanzas de fuerzas de tierra, mar o aire a oficiales, soldados, marinos, aviadores, etc. Esta situación acontece en similares términos con aquellas personas que desempeñan labores inherentemente peligrosas, como bomberos o policías, capitanes u oficiales de marina mercante, socorristas, etc. En segundo término, es necesario que quien se halle investido de esa especial cualidad jurídica esté efectivamente ejerciendo la profesión, cargo u ocupación. Así, por ejemplo, el experto en montañismo que por placer comparte con sus amigos en la montaña, no estaría jurídicamente vinculado a sacrificarse. En tercer lugar, que en estos casos cobra especial relevancia la entidad de los bienes que están en conflicto, ya que frente a una colisión entre bienes o intereses considerablemente desproporcionada no tiene ningún valor la exigencia jurídica que pesa sobre este tipo de sujetos¹⁵¹. Así —ejemplifica Jiménez de Asúa— no puede pedirse al bombero que renuncie a la vida para salvar los muebles de la casa incendiada, o exigirle al marinero que sacrifique su vida a favor de la mercancía. En fin, es indispensable —según lo viene ratificando una jurisprudencia juiciosa— que el sacrificio sea útil. Carece de todo sentido exigir —como con tino sostuvo ante un célebre caso el

¹⁴⁹ *Tratado*, etc., cit., tomo IV, cfr. págs. 414 – 416.

¹⁵⁰ Entre otros, Cerezo Mir, *Curso*, etc., cit., tomo II, cfr. pág. 287; y Antón Oneca, op. cit., págs. 298 y 299.

¹⁵¹ La advertencia cobra sentido si tenemos presente que el Código penal español regula en una sola disposición tanto la versión justificante como la exculpante del estado necesario.

Tribunal Supremo español— a maquinistas y fogoneros, frente a un choque inevitable, que permanecieran en sus puestos para aguantar un choque inevitable.

La norma italiana fija un límite similar al que examinaremos con motivo del § 35 alemán, al exigir que el régimen propio del estado de necesidad no se aplicará respecto de aquellas personas que tengan “un particular deber jurídico de soportar el peligro”. A esta categoría pertenecerían, según Antolisei¹⁵², capitanes de naves y bomberos. También incluye al médico que, dada su investidura, no puede negarse a prestar sus servicios a un enfermo por temor al contagio.

El precitado § 35 del *StGB*, establece una serie de hipótesis en que la aplicación del estado de necesidad exculpante queda excluida. Una de éstas consiste en que al sujeto interviniente le sea exigible soportar el peligro por hallarse en una “especial relación jurídica”.

En ese catálogo, a los ya tradicionales marinos, soldados, bomberos, etc., que la doctrina suele incluir casi sin contravenciones, destaca la inclusión que Jescheck¹⁵³ extiende a jueces, fiscales y diplomáticos. Respecto de todos estos sujetos existe —continúa Jescheck—, cuando no intervienen, una infracción al deber jurídico que sobre ellos recae, consistente en soportar tales circunstancias. El autocontrol del instinto de supervivencia es también exigido a personas que, siéndoles impuesto por su profesión el deber de tolerar el estado de necesidad, se encuentran bajo la presión de un peligro para sus vidas, pues justamente en dichos contextos la comunidad deposita en ellas su confianza. Asimismo, dada la especial regulación germana, resulta razonable incluir entre aquellos que están en una especial relación jurídica a las personas que tienen un deber de garante, como el del padre respecto del hijo, quien, por ejemplo, en un contexto de naufragio no estaría exculpado si privilegia su vida antes que la de su hijo. Finalmente, concordamos con el autor que esta situación, a su turno, encuentra su límite en aquellos casos en que el deber de

¹⁵² Op. cit., cfr. pág. 217.

¹⁵³ Op. cit., cfr. págs. 523 y 524.

soportar el estado de necesidad significa la muerte inmediata del sujeto¹⁵⁴. Esta última situación, que suele acontecer en contextos bélicos, halla, sin embargo un límite en lo que parte de la doctrina ha denominado “necesidad del servicio”, criterio que presenta rasgos sumamente similares a los que con motivo de contextos de necesidad “comunes”, Jiménez de Asúa llamó “utilidad del sacrificio”.

Maurach¹⁵⁵ —que se rehúsa a interpretar el párrafo taxativamente— por su parte, habla de una “exigibilidad acrecentada” respecto de este tipo de personas. Este autor sostiene que mientras más grande sea la responsabilidad del sujeto, mayores son las expectativas en orden a esperar un poder superior de resistencia y capacidad de autosacrificio.

Roxin¹⁵⁶, en su tratamiento de la materia, se hace cargo de la discusión existente a propósito del alcance de esa relación jurídica especial. Dicho concretamente, distingue entre la relación del interviniente con la comunidad y aquella que comrende los deberes de protección que existen respecto de determinadas personas, como la relación padre-hijo. Invocando las razones tenidas en vista por la Comisión encargada de discutir el asunto, es partidario de conferirle un sentido más acotado al párrafo, no obstante liberar la norma de algunas restricciones que pueden resultar un tanto odiosas. Así, relativiza la necesidad de una relación jurídica contractual o legal, mediante el ejemplo del socorrista de una piscina que tiene un deber para con todo el mundo anónimo —siendo indiferente la identidad del socorrido como si ha pagado o no su acceso a la piscina—, sin consideración de la persona concreta. Al mismo tiempo, es de la opinión que el deber intensificado de soportar el peligro sólo rige para peligros específicos de la profesión, de manera que, en su ejemplo, el médico que vivencia un naufragio no tiene por qué postergarse a favor de terceros.

¹⁵⁴ Idéntico, Maurach y Zipf, op. y vol. cit., cfr. págs. 570 y 571.

¹⁵⁵ Op. y vol. cit., cfr. pág. 571.

¹⁵⁶ Op. cit., cfr. págs. 913 – 915.

Apartándose del tenor de las opiniones descritas, Sergio Politoff¹⁵⁷ cree que limitaciones de esta ralea se explican, sencillamente, por razones de política criminal. En efecto, el jurista chileno afirma que por esta vía se evita que el deber jurídico de afrontar peligros se suprima siquiera en forma parcial.

Es posible arribar a la conclusión de que nuestra norma, a pesar de su rebuscado tenor, se refiere a aquellas personas que por su profesión, ocupación o cargo —lo que supone, necesariamente, niveles superiores de entrenamiento, instrucción o formación de los que carecen el común de las personas— están obligadas a superar o enfrentar ciertos peligros, con las limitaciones y exigencias antes examinadas.

¹⁵⁷ Op. cit., cfr. pág. 651.

CAPÍTULO III

REQUISITOS CONTENIDOS EN EL NÚMERO 11 DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.

SUMARIO: 1. Observación metodológica previa.— 2. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.— 3. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.— 4. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.— 5. 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 (complemento).—

1. *Observación metodológica previa.*— En la parte final de esta investigación nos hemos propuesto examinar las exigencias contenidas en el nuevo número 11 del artículo 10 del Código. Por lo mismo, es preciso advertir que el estado de necesidad justificante del número 7 de la norma citada contiene entre sus requisitos dos exigencias que son prácticamente idénticas a las dos primeras circunstancias del nuevo número que analizamos. Aludimos, de un lado, a la actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar con la actuación necesaria; y, de otro, a la inexistencia de otro medio menos perjudicial para evitarlo. Respecto de estas circunstancias, por creer que no existen criterios que justifiquen un tratamiento, al menos desde el punto de vista de su sentido, diferenciado, nos limitaremos a tomar nota de las opiniones que su inclusión ha generado tanto en nuestro medio como fuera de él. En lo restante, que, en cambio, sí constituye una auténtica innovación por parte del Código, e insistiendo en lo que hemos cifrado como el objetivo de este estudio, a saber, situar nuestra norma al centro de un ejercicio de cotejo comparado, describiremos el cuadro general de opiniones para formular, luego, nuestras apreciaciones.

2. *Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.*— Una primera cuestión que debe ser constatada acerca del *mal* versa sobre la dificultad que supone fijar los lindes de la noción¹⁵⁸. La complejidad de la empresa —estimamos— es vástago de la

¹⁵⁸ Esta dificultad explica en parte el crítico parecer de Jiménez de Asúa, *Tratado*, etc., cit., tomo IV (“El delito”), cfr. pág. 405, que defiende la proscripción del término por tratarse de “una frase impropia en su vaguedad”, que debe, en cambio, ser entendida como «peligro», expresión más aprehensible.

discusión preliminar consistente en si estamos frente a un elemento descriptivo o normativo del tipo, es decir, si sobre el *mal* cabe hacer un juicio de hecho u otro de valor. La cuestión es clara para Mir Puig¹⁵⁹ y para parte no menor de nuestra doctrina¹⁶⁰ en orden a desestimar la primera de estas inteligencias y adscribir, por el contrario, a que a la expresión *mal* le es inherente una valoración jurídica. Por lo demás, en la actualidad la distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo es objeto de serios cuestionamiento, pues —se dice— desde el momento que un concepto es incorporado al tipo adquiere un sentido normativo y jurídico, siempre demandante de valoraciones¹⁶¹. Antes bien, y como adecuadamente advierte jurista ibérico, la cuestión estriba en determinar si la mentada valoración compete al propio sujeto afectado, a la sociedad, o, en fin, al Derecho.

Para desechar la primera de estas alternativas y, en cambio, defender una valoración de tinte más objetivo, Mir Puig echa mano al ejemplo —desestimado en términos de estado necesario por doctrina y jurisprudencia— de la mujer embarazada que, representándose el nacimiento de un nuevo hijo como un mal grave e inminente, acude a la comadrona para que le provoque un aborto¹⁶². Señalar que el *mal* supone un hecho perjudicial a la exclusiva apreciación del necesitado, importa tomar en cuenta un puro hecho psicológico, es decir,

¹⁵⁹ “Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7º CP”, en *Estudios jurídicos en honor al Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, 2 vols., Bosch, Barcelona, tomo I, 1983, págs. 509 – 517.

¹⁶⁰ Cfr. Cousiño Mac Iver, op. y vol. cit., cfr. pág. 385; García Soto, op. cit., págs. 106 y siguientes; y Guzmán Dalbora, *El delito de amenazas*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1ª ed., 1999, págs. 278 y siguientes.

¹⁶¹ De este temperamento, Cury, *Derecho penal*, etc., cit., pág. (280 – 281) 281, que afirma: “cada palabra adquiere en la estructura del tipo un contenido de valor que le es dado por la norma jurídica cuya realización persigue”; Politoff, op. cit., pág. 286, que sostiene: “no es una exageración decir que todos los elementos del tipo requieren, en mayor o menor grado de una valoración por el intérprete. Los llamados elementos normativos del tipo son sólo las situaciones más evidentes, en que el intérprete está obligado a indagar sobre el contenido valorativo de las palabras usadas por el legislador”; y Cousiño Mac Iver, op. y vol. cit., pág. 385, que señala, que si bien el mal es un suceso fáctico —cuestión que no compartimos, pues ello supondría la posibilidad de captarlo sensorialmente— desde el momento en que la ley introduce la palabra, “le otorga un significado jurídico”. La tesis de la identidad extrema entre elementos descriptivos y normativos de Erik Wolf —tiene escrito Guzmán (*El delito de amenazas*, cit., cfr. pág. 279, texto y nota 92)— fue seguida con entusiasmo por Mezger.

¹⁶² Op. cit., cfr. pág. 510.

ceñirnos a los hechos de nuestra vida interna, cuya consideración normalmente es incierta e imponderable. Por el contrario, en nuestra interioridad no se producen, ni pueden reconocerse, *males*, ya que —según compartimos con Guzmán—, psicológicamente sólo es posible aludir a “estados, afectos, sensaciones y motivos; pero no desgracias, perjuicios o males”¹⁶³. En suma, y retomando la cuestión inicial, para calificar un estado o sensación humana de corte biológicoemocional es siempre necesaria una valoración externa al propio sujeto. Negar lo antedicho supone atribuir al pensamiento la capacidad de captar *males*¹⁶⁴. Dicho con otras palabras, del hecho que no hay *males* en sentido descriptivo, se colige que la noción, más que relacionarse con valores, está compuesta por éstos.

Tampoco corresponde determinar si existe o no un *mal* a la luz de las valoraciones sociales, que son contingentes y variables. Por el contrario, a pesar que el Código tras una primera aproximación no ofrece argumentos en esa línea, sobre el concepto corresponde formular juicios jurídicos. En su estudio acerca del delito de amenazas y prescindiendo, por cierto, del sentido que el artículo 296 imprime a la noción —pues exige que se trate de un mal constitutivo de delito—, Guzmán¹⁶⁵ estima que existen consideraciones sistemáticas, lógicas y teleológicas, para sustentar la tesis que el término *mal*, empleado como substantivo en varios pasajes de nuestro Código, coincide con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, como un *quid* apuesto a Derecho, es decir, antijurídico. Por la vocación de generalidad que caracteriza al argumento, sólo nos referiremos a los primeros.

Numerosas son las normas del Código penal que emplean la expresión *mal*. En ese sentido, salvo excepciones¹⁶⁶, la fórmula es empleada de manera permanente para aludir al

¹⁶³ *El delito de amenazas*, cit., pág. 282.

¹⁶⁴ *Ibidem*, cfr. pág. 282. El autor, valiéndose de la constante crítica kelseniana a las múltiples respuestas iusnaturalistas al fenómeno jurídico, señala que éstas se hallan en descrédito justamente por dar importante cabida al caduco hilozoísmo.

¹⁶⁵ *Ibidem*, cfr. pág. 283.

¹⁶⁶ Los artículos 184 (“Cuando la falsificación fuere tan *mal* ejecutada que cualquiera pueda notarla y conocerla a simple vista...”) y 332 (“Las penas que establecen los tres artículos precedentes se aplicarán

perjuicio antijurídico, esto es, la ofensa de bienes tutelados por el Derecho. Un ejemplo paradigmático en este sentido —continúa Guzmán¹⁶⁷— es el artículo 10 número 7 que regula el estado de necesidad justificante. A partir de su definición más lata —compatible con la doctrina de la diferenciación—, cual, por ejemplo, la de Von Liszt —“una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”¹⁶⁸— dos cuestiones devienen indiscutibles. Primero, que los bienes en colisión están jurídicamente protegidos; y, segundo, que el mal que amenaza concierne a bienes jurídicos del necesitado o de un tercero, es decir, propios o ajenos.

La cuestión, en consecuencia, parece indicar que la expresión por sí sola carece de significación ante la ley y que, como resultado de esa valoración jurídica, se obtiene el concepto del mal que se evita como el de toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, no necesariamente constitutivo de delito. La exclusión de que por *mal* entendamos un sinónimo de “delito” se explica, además, por el hecho que el estado de necesidad puede tener origen fenomenológico, es decir, en la naturaleza, a la que, como resulta obvio, no pueden atribuirse delitos. A esa línea adhiere buena parte de la doctrina nacional y extranjera. Novoa, por ejemplo, sentencia: “el mal al que la ley se refiere es toda lesión o detrimento en algún bien jurídico”¹⁶⁹; Alfredo Etcheberry, añade: “debe tratarse, eso sí, de un mal que jurídicamente sea tal, de un peligro para un bien jurídicamente

respectivamente a cualquier otro empleado en el servicio del camino que teniendo un cargo que desempeñar, lo abandonare o ejerciere *mal* con peligro de la seguridad del tráfico”) se valen de la fórmula en tanto adjetivo, adquiriendo una significación distinta a la acostumbrada.

¹⁶⁷ *El delito de amenazas*, cit., cfr. págs. 284 – 289. Los razonamientos que imprime el autor con motivo de la norma citada son extendidos a los artículos 11 circunstancia séptima, 69 y 145. Entender la expresión mal en el sentido de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados también cobra sentido respecto de los artículos 1 inciso tercero, 10 número 8 y 11, 11 número 7, 12 circunstancia cuarta, 46, 226, 269, 296, 297, 491, 494 número 18 y 496 número 17 del Código.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pág. 284. Cfr., desde luego, von Liszt, op. y vol. cits., pág. 352.

¹⁶⁹ Op. y vol. cits., pág. 365.

reconocido y protegido”¹⁷⁰; Cousiño, afirma que se trata de “un concepto vulgar y fáctico del suceso que pone en peligro determinados bienes jurídicos”¹⁷¹. Fuera de Chile, y ratificando el hecho que se trata de una razonamiento que goza de importante adhesión, en la Argentina y en España, Zaffaroni y Mir Puig, respectivamente, lo defienden¹⁷².

El estado de necesidad exculpante, como señalamos anteriormente¹⁷³, no establece límites a propósito de los bienes jurídicos susceptibles de entrar en la colisión, pues, por el contrario, opta por dar admisibilidad al instituto en tanto el mal causado “no sea sustancialmente superior al que se evita”. En ese entendido, suele señalarse en defensa de una ponderación de *males* en lugar de una de *bienes*, que si bien los bienes jurídicos en colisión cumplen un papel importante en la ponderación propia del estado necesario, por sí solos no siempre ofrecen respuestas satisfactorias o concluyentes que permitan afirmar su configuración y, de pasada, su naturaleza. Se debe, además, tener en cuenta, entre otros factores, la forma y el contexto de la afectación¹⁷⁴. Resulta fundamental, tratándose del estado de necesidad exculpante, que los males que se enfrentan recaigan sobre bienes jurídicos de idéntica especie. Sólo de esta manera se podrá medir con justicia, al menos preliminarmente, si los niveles de afectación al bien jurídico en cuestión responden a los términos de la disposición.

Del sentido que hemos impreso a la expresión y de cuanto hemos dicho precedentemente, se debe concluir, además, que no ha de tratarse de un mal que el

¹⁷⁰ *Derecho penal*. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., revisada y actualizada, 1998 (1997, según la cubierta), pág. 264.

¹⁷¹ Cousiño, op. y vol. cit., pág. 385. Este autor, en términos generales, sostiene que el suceso fáctico es independiente a la valoración jurídica, lo que supondría admitir la existencia de un mal indiferente para el derecho. Nuestro desacuerdo con entender en mal un suceso fáctico, ya lo manifestamos *supra*, texto y nota 161.

¹⁷² *Derecho penal*, etc., cit., pág. 633; y *Derecho penal*. Parte general, Editorial Reppertor, Barcelona, 7ª ed. (reimpresión), 2004 (2005, según la cubierta), pág. 457.

¹⁷³ Cfr. *supra*, II, 4, 4.1.

¹⁷⁴ Cfr. *infra*, III, 4.

individuo esté legalmente obligado a tolerar, pues en esos casos no nos hallamos ante un *mal* en sentido jurídico. De allí la imposibilidad por parte del delincuente que huye de la policía —según relata el reiterado ejemplo— de invocar a su favor la variante de estado de necesidad que es el artículo 145 del Código penal. La limitación que constituye la exigencia adicional a que hacemos alusión, suele acompañar al estado necesario mediante fórmulas como “*que el sujeto no esté jurídicamente obligado a soportar el mal*” u otras menos afortunadas, por lo poco nítidas, como la circunstancia 4^a del número 11¹⁷⁵.

Que necesariamente se trate de un mal *grave* sólo viene a ratificar que el instituto se activa cuando la realidad es testigo de situaciones límites, que impiden exigir a los involucrados conductas ajustadas a Derecho¹⁷⁶. Su inclusión, por tanto, no sólo se desprende de la simple lectura de la disposición, sino también del hecho que un sujeto no puede adquirir la condición de necesitado o sentirse violentado por la situación de necesidad si se trata de un mal de escasa relevancia que amenaza con afectar sólo de modo ínfimo un bien jurídico suyo o de un tercero. En esas situaciones, en vez, la inexigibilidad de otra conducta queda en entredicho. Dado que no resulta admisible que los males que debemos soportar —como los que se suceden continuamente en la vida de relación, normalmente de exigua importancia—, los descarguemos contra otras personas con igual intensidad, sólo cabe la exclusión del reproche en tanto no sea razonable exigirnos soportar dichos males, es decir, cuando son verdaderamente graves. Rechazar lo antedicho supondría —escribe Zaffaroni¹⁷⁷— introducir entre nosotros una guerra general que permitiría traspasar al vecino todas nuestras pequeñas molestias.

Resta, por último, referirnos a la actualidad o inminencia que debe caracterizar al mal que se evita. Sobre el asunto, es posible identificar dos formas o tendencias de tratar los caracteres en cuestión. Por una parte, está el criterio tradicional, seguido por parte

¹⁷⁵ Cfr. *supra*, II, 4, 4.2. Sobre esta cláusula, véase, por todos, Guzmán, *El delito de amenazas*, cit., texto y nota 114, pág. 287.

¹⁷⁶ De esta opinión, Hernández Basualto, op. cit., cfr. pág. 272. Cfr. *supra*, II, 3.

¹⁷⁷ *Tratado*, etc., cit., tomo IV, cfr. pág. 249.

importante de la doctrina nacional y extranjera, que, al referirse a la actualidad e inminencia del mal en el estado necesario —justificante o exculpante— opta por remitirse a las observaciones que sobre la actualidad e inminencia caben para la agresión ilegítima en la legítima defensa¹⁷⁸. Junto a este criterio, se halla el desarrollado por parte de la doctrina alemana, que, a la inversa, prescinde de las categorías de esta causa de justificación y analiza estos rasgos con la misma autonomía que existe entre el estado de necesidad y la legítima defensa¹⁷⁹. Si bien los resultados entre ambos argumentos no son del todo disímiles, la ventaja del segundo de ellos radica en abordar la actualidad y la inminencia con mayor apego a los hechos que normalmente caracterizan esta causa de inculpabilidad.

Nuestra doctrina, empero, no ha sabido retribuir del todo la aparente claridad que existe en la distinción entre *actualidad* e *inminencia*. Al admitir en términos más o menos unánimes que el mal es *actual* cuando ha comenzado a desencadenarse, mas el resultado lesivo aún no se ha producido o, por lo menos, no en su totalidad; e *inminente* cuando no habiéndose verificado, resulta inmediatamente próximo a realizarse¹⁸⁰, se suman conclusiones confusas que no permiten identificar la diferencia. Así, por ejemplo, Silvia Peña, antes de afirmar —con razón— que se trata de nociones conceptualmente distintas, señala a continuación que el peligro actual, esto es, el peligro presente para un bien jurídico, “comprende el peligro inminente”¹⁸¹. Fuentes Ferrera —siempre en referencia al estado de necesidad justificante— señala que la realidad del mal, es decir, su actualidad, implica que dicho mal “esté aconteciendo o *muy pronto a acontecer*, es decir, que su

¹⁷⁸ Así, Novoa, op. y vol. cits., cfr. pág. 365; Labatut, op. y vol. cits., cfr. pág. 104; Etcheberry, op. y vol. cits., cfr. pág. 265; Cousiño, op. y vol. cits., cfr. pág. 388; Garrido, op. y vol. cits. cfr. pág. 143. Fuera de nuestro país, Bettioli, op. cit., cfr. pág. 295; y Soler, op. y vol. cits., cfr. pág. 466.

¹⁷⁹ Así, fundamentalmente, Roxin, *Derecho penal*, etc., cit., cfr. págs. 903 y siguientes; y Jakobs, op. cit., cfr. págs. 502 y siguientes.

¹⁸⁰ Esta inteligencia la resume Garrido, op. y vol. cits., pág. 143, al escribir: “Los peligros a futuro, como se señaló para el caso de la agresión en la legítima defensa, no cuadran con el estado de necesidad (se refiere, por cierto, al justificante); el mal debe estar actualmente sufriendose para que el acto típico evitador [*sic*] se justifique o, por lo menos, debe encontrarse en situación de inmediatez en cuanto a su ocurrencia, o sea constituir un peligro seguro y próximo”.

¹⁸¹ Op. cit., cfr. págs. 107 y 108.

producción no sea una mera posibilidad *sino una probabilidad inminente*¹⁸². Eduardo Novoa, por su parte, fruto de la remisión que mencionamos anteriormente, llega a afirmar que una de las formas que puede asumir la actualidad del peligro en el estado de necesidad justificante es el “*ataque inminente* contra un bien jurídico y aquél [*sic*] que ya está iniciado pero que aún no ha lesionado el bien jurídico”¹⁸³. Como se podrá convenir, el rasgo común en todos estos razonamientos consiste en concentrar en una noción —la actualidad— dos fenómenos temporalmente disímiles.

Estimamos que esta difusa delimitación es fruto de dos factores. Primero, de la imperfecta redacción que, presente en el estado de necesidad justificante, se reitera casi íntegramente en esta causa de inculpabilidad. Tan sólo desde de un punto de vista cronológico es materialmente imposible hallarnos ante un mal “inminente”. Asociado a la inminencia, es decir, a la fase inmediatamente previa del resultado lesivo que afecta a un bien jurídico —es decir, el mal—, sólo puede existir un peligro, que, como adecuadamente define Cousiño, consiste en el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”¹⁸⁴. Segundo, a la no siempre oportuna remisión a la actualidad e inminencia de la agresión ilegítima.

Abstrayéndonos de las diferencias ya advertidas entre los §§ 34 y 35 del *StGB*, y de la importancia de una escisión conceptual entre *peligro* y *mal*, ambas disposiciones exigen que el necesitado se halle ante un “peligro actual”. Como hemos tenido ocasión de anticipar, autores como Roxin y Jakobs rechazan acudir a las características de la agresión ilegítima para explicar la actualidad del peligro en el estado necesario. El primero de estos autores afirma que la actualidad del peligro comprende periodos más largos que la actualidad de la agresión en la legítima defensa. Concretamente, señala que esta diferencia de amplitud temporal queda en evidencia en dos situaciones. Por una parte, en lo que la

¹⁸² Op. cit., cfr. pág. 26 (las bastardillas son nuestras).

¹⁸³ Op. y vol. cits., pág. 340 (las bastardillas son nuestras).

¹⁸⁴ Op. y vol. cits., pág. 390.

doctrina ha venido denominando “peligro permanente”¹⁸⁵, es decir, aquel que en cualquier momento puede transformarse en un mal o daño real, y cuyo más insigne ejemplo — íntimamente ligado, por cierto, al *leit motiv* de la reforma en la que inserta este nuevo número¹⁸⁶— es el del tirano familiar que de momento está tranquilo. En éste y en otros casos de similares características¹⁸⁷ la actualidad cubriría la actuación preventiva, es decir, aquella que exige actuar para que después no sea demasiado tarde hacer frente a una situación de necesidad. Bajo este entendimiento, y frente a la ausencia de una agresión ilegítima que pueda traer al debate la legítima defensa, se debe exculpar a la mujer que por la mañana da muerte a su marido, quien la había amenazado con matarla una vez llegada la noche, en tanto no tenga la posibilidad de solicitar algún tipo de auxilio o hacer abandono del hogar común¹⁸⁸.

Que la actualidad del peligro va más allá que la agresión en la legítima defensa, también se manifiesta en aquellas situaciones en que esperar la evolución natural de un suceso posibilitaría con seguridad la producción del daño o mal. Esto significa que el mal es también actual “cuando, aunque no sea aún inminente la producción del daño, posteriormente ya no sería posible hacerle frente o sólo sería posible corriendo riesgos mucho mayores”¹⁸⁹. En esa línea, según señala Roxin, el Tribunal Supremo del Reich [*Reichsgericht*] define el peligro actual como “una situación que conforme a la experiencia pone de manifiesto que si continúa evolucionando de modo natural, será con seguridad

¹⁸⁵ En la línea de Roxin, Jakobs, op. cit., pág. 691, afirma: “un peligro puede ser actual continuamente (peligro permanente)”. La reputa, en cambio, una hipótesis independiente del peligro actual, pero igualmente habilitadora del instituto, Maurach y Zipf, op. y vol. cit., cfr. pág. 573. Lo concibe, en cambio, como peligro inminente, Zaffaroni, *Tratado*, etc., cit., tomo IV, cfr. pág. 251.

¹⁸⁶ Cfr. *supra*, I, 1.

¹⁸⁷ Roxin, *Derecho penal*, etc., cit., cfr. pág. 680, también señala, siempre a propósito del peligro permanente, el caso del denominado “atemorizador”. Los hechos fueron los siguientes: un sujeto tenía aterrorizado a un matrimonio luego de haber penetrado en innumerables ocasiones, por las noches, en su vivienda. Una noche el marido lo sorprende y lo hiere de bala en una de sus piernas cuando huía. La legítima defensa, dada la ausencia de una agresión ilegítima en ese preciso momento, queda excluida; pero al constituir un peligro permanente resulta pertinente la justificante del §34 *StGB*.

¹⁸⁸ *Ibidem*, cfr. pág. 904.

¹⁸⁹ *Ibidem*, *íd.*

inminente la producción del daño en caso que no se intervenga para impedirlo”¹⁹⁰. Este segundo supuesto de “peligro actual”, comprende lo que en Chile se ha entendido tradicionalmente como peligro inminente, es decir, el peligro inmediato o “aquel que está próximo a sobrevenir”¹⁹¹.

En suma, la actualidad y la inminencia del mal deben valorarse según las verdaderas posibilidades del necesitado de recurrir a otros medios que permitan evitar o superar sin lesión de bienes de terceros el contexto de necesidad, y, en ese entendimiento, es claro que la interpretación alemana es más satisfactoria.

3. *Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.*— Otro requisito común que comparten ambas formas de estado de necesidad, y que este nuevo número reproduce en términos prácticamente idénticos, se refiere a la inevitabilidad de la acción necesaria. En doctrina, a propósito de este requisito, no se divisa la disparidad de pareceres presentes en otros aspectos del instituto. Por lo antedicho, procuraremos ser escuetos.

Por lo pronto, compartimos la crítica formulada por Zaffaroni¹⁹² acerca de lo innecesario de incluir esta circunstancia. En efecto, aunque la ley no lo requiera expresamente, la inevitabilidad del mal y la inexistencia de otro medio menos lesivo se derivan del esencial requisito de que estemos frente a una situación de necesidad. Dicho en otros términos, no es factible hablar con propiedad de un mal necesario cuando existen otras salidas frente al conflicto. El mal que representa dar muerte al tirano familiar no es necesario o imprescindible cuando se pudo denunciar oportunamente a la policía o se tuvo la posibilidad de abandonar el hogar común. Fuera de esta crítica formulada a propósito de

¹⁹⁰ *Ibidem*, íd.

¹⁹¹ Novoa, op. y vol. cits., pág. 366.

¹⁹² *Tratado*, etc., cit., tomo III, pág. 626. Esta crítica la formuló con anterioridad Jiménez de Asúa, *Tratado*, etc., cit., tomo IV (“El delito”) pág. 417, siempre en referencia a la antigua norma española, en los siguientes términos: “En verdad, no era preciso que se repitiera en el (Código) de 1932, ni tampoco en el de 1944, puesto que al decir ahora «necesidad», se comprende en ella esa condición”.

la versión justificante del estado necesario, Zaffaroni, al abordar ya el estado de necesidad exculpante, agrega: “cabe tener en cuenta que el estado de necesidad exculpante presupone, lógicamente, la necesidad de la conducta para apartar el peligro del mal amenazado, es decir, que teniendo el sujeto la posibilidad de realizar una acción conforme a derecho (o de menor contenido de injusto) y siéndole exigible la misma, queda descartado el estado de necesidad exculpante. La necesidad de la conducta implica el requisito de que la misma sea objetivamente idónea y adecuada, puesto que la conducta necesaria para apartar el peligro no puede ser tal si le faltan los requisitos de idoneidad y adecuación al fin propuesto”¹⁹³. Acaso sea la redundancia denunciada en las líneas precedentemente transcritas, la que incline a alguna doctrina a afirmar que justamente esta circunstancia es la que permite identificar con mayor facilidad un estado de necesidad¹⁹⁴.

Con todo, y apartándonos de las críticas anteriores, la inevitabilidad descrita en los términos de esta circunstancia, supone —y en eso la doctrina es prácticamente unánime— la existencia de un único medio o salida ante la situación de necesidad. De no ser así, antes de ejecutar la acción salvadora el sujeto estará obligado recurrir a cualquier otro medio legítimo o menos dañino que se encuentre a su alcance. Como se podrá comprender, un análisis frío y calmado de un eventual abanico de posibles salidas por parte del necesitado —el “deber de examen”, del que habla Jescheck¹⁹⁵— es sólo una pretensión teórica, de eventual ocurrencia en la práctica. Lo anterior refuerza lo dicho por Novoa¹⁹⁶ y Cousiño¹⁹⁷ en el sentido de que es fundamental evaluar esta circunstancia conforme a las posibilidades del momento y a los sucesos concretos, y no, en cambio, de modo abstracto o general. Se trata de un juicio que si bien es *ex ante* debe, imprescindiblemente, comprobarse *ex post facto*. No es casual, por lo mismo, que la circunstancia incluya la expresión “practicable”.

¹⁹³ Íbidem, tomo IV, pág. 252.

¹⁹⁴ Así, Fuentes Ferrera, op. cit., cfr. pág. 27.

¹⁹⁵ Op. y vol. cits., cfr. págs. 518 y 519.

¹⁹⁶ Op. y vol. cits., pág. 368 y 369.

¹⁹⁷ Op. y vol. cits., pág. 401.

Si lo antedicho incluso adquiere, a nuestro entender, validez tratándose del estado de necesidad justificante, con mayor razón resulta aplicable sobre el estado de necesidad exculpante. Así lo sostienen Jiménez de Asúa¹⁹⁸ y Eduardo Novoa¹⁹⁹. El jurista chileno, en efecto, sostiene que la práctica judicial, al momento de ponderar la concurrencia de la circunstancia en análisis, toma en cuenta, en aras de arribar a una solución justa, la perturbación anímica del sujeto provocada por la tensión psíquica que vive en los instantes del peligro.

En suma, a la consciencia por parte del necesitado de la situación por la que atraviesa, debe añadirse la aptitud objetiva del hecho, esto es, que “no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo”. A pesar de la tesis de Maurach al identificar el fundamento material del instituto²⁰⁰, el jurista alemán señala que el estado necesario quedará excluido en tanto el autor disponga de otras vías para evitar el peligro, “ya que en ese caso desaparece el *tertium non datur* constitutivo del estado de necesidad”²⁰¹. Si el autor dispone de varias posibilidades, pero todas ellas conducen a provocar, de una otra manera, males sobre bienes jurídicos, ha de preferir aquel que atente contra el bien jurídico de menor rango. Así, entre provocar lesiones o matar ha de preferirse el primer atentado. Como regla general —añade el antiguo profesor de Múnich— rige el principio de que en ningún caso puede considerarse como adecuado un medio por el sólo hecho de presentarse como el más sencillo y cómodo para el autor en estado de necesidad²⁰². Lo anterior supone, ante todo, que a diferencia de la legítima defensa, aquí ha de buscarse toda ayuda que se pueda conseguir para hacer frente al peligro antes de poder atacar bienes jurídicos ajenos²⁰³. Si frente una situación de necesidad existen medios jurídicos —llamar a la policía, en el

¹⁹⁸ *Tratado*, etc., cit., tomo IV (“El delito”).

¹⁹⁹ Op. y vol. cits., cfr. pág. 368 y 369.

²⁰⁰ Cfr. *supra*, II, 3.

²⁰¹ Op. y vol. cits., pág. 574.

²⁰² Op. y vol. cits., cfr. pág. 574.

²⁰³ Roxin, *Derecho penal*, etc., cit., cfr. pág. 903.

caso del tirano familiar— y otros constitutivos de delito —dar muerte al tirano familiar— aquéllos predominan. Nuestra norma no distingue, al abordar el medio menos perjudicial, si éste es o no un medio lícito²⁰⁴, pues lo fundamental siempre será que no exista una salida menos dañosa para el bien jurídico en cuestión.

Digamos, por último, que esta circunstancia siempre supondrá un mínimo de ponderación por parte del necesitado, de modo que quien no reflexiona en absoluto sobre eventuales salidas alternativas o menos dañosas no podrá ampararse en esta causa de inculpabilidad. Por eso, el soldado nazi que ejecuta ciegamente órdenes de asesinar —en el ejemplo de Roxin²⁰⁵—, sigue siendo penalmente responsable si no examina la posibilidad de eludirlas.

4. *Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.*— La inclusión de esta circunstancia viene a ratificar la decisión del legislador de evaluar la materialización del estado de necesidad exculpante según la entidad de los males que entran en conflicto y no —o no sólo—, en cambio, a partir si los bienes jurídicos en colisión son de la misma especie. Se deberá tomar en cuenta —según anotamos anteriormente— otros factores que determinarán si el mal que recae sobre el bien jurídico responde a los latos términos de nuestra disposición.

“Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita”, constituye un segundo coto —junto a la gravedad del mal— a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, propia del estado necesario. Fruto de la redacción de esta circunstancia —no obstante la juventud del precepto y de la aún inexistente jurisprudencia sobre el

²⁰⁴ Como *de lege ferenda* señala José Luis Ramos Rivera, *El estado de necesidad en la legislación penal mexicana*, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México, año XXIII, número 69, mayo-agosto, 1990, pág. 955, luego de distinguir entre el medio lícito y aquel que, no siéndolo, es menos perjudicial para evitar el mal. Su propuesta reza: “otro medio practicable lícito o menos perjudicial al alcance del agente”.

²⁰⁵ *Derecho penal*, etc., cit., cfr. pág. 903.

particular— se enfrentan dos posturas acerca de la subsistencia del estado de necesidad del número 7 del artículo 10.

Acaso sin estar en los planes del legislador —advierte una posible interpretación— se obtiene que a partir de la redacción de la circunstancia 3ª se altera la clásica estructura de causas de justificación que nuestro Código mantuvo impermeable a casi un siglo y medio de reformas. En efecto, si al hecho que este número no establece límites respecto de los bienes jurídicos susceptibles de ser sacrificados y protegidos —a diferencia de lo que sucede en el estado de necesidad justificante, cuyo encabezado exige que el daño recaiga sólo sobre la propiedad— se añade que, conforme a esta lata lectura, el mal causado puede ser menor, igual y no sustancialmente superior al que se evita, puede concluirse que el viejo número 7 del artículo 10 se halla tácitamente derogado. Esta es la opinión que defienden María Elena Santibáñez y Tatiana Vargas²⁰⁶. El número 11, en ese entendido, se asimilaría en parte al primer requisito del artículo 20 número 5 del Código español, que desde la reforma de 1944 viene exigiendo, a este respecto, que “el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”. Es precisamente a partir de este requisito que parte importante de la doctrina española estima que dicho ordenamiento reconoce en una sola disposición ambas formas de estado necesario, pues el mal causado puede ser menor o igual al que se elude²⁰⁷. Como se aprecia, la única diferencia entre ambos preceptos estriba en que el mal del número 11 también puede ser levemente superior al que se evita.

Un razonamiento distinto, y defendido en Chile por Héctor Hernández²⁰⁸, advierte, en cambio, que el nuevo número 11 constituye sólo una causa de inculpabilidad. Su tesis se construye, fundamentalmente, a partir de dos argumentos. Primero, en la subsistencia del

²⁰⁶ “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, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2011, cfr. pág. (193 – 207) 200.

²⁰⁷ Así, Cerezo, *Curso*, etc., cit., cfr. pág. 253; Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho penal*. Parte general, Trotta, Madrid, 2006, cfr. pág. 481; y Rodríguez Devesa y Serrano Gomez, *Derecho penal*. Parte general. Dykinson, Madrid, 17ª ed., 1994, cfr. pág. 572.

²⁰⁸ Op. cit., cfr. págs. 270 y siguientes.

estado de necesidad regulado en el número 7; y, segundo, en los requisitos previstos en las circunstancias 3ª y 4ª. En cuanto al primer argumento, resulta imposible gestar un debate. Es una realidad que el número 7 todavía figura entre las causas que eximen de responsabilidad penal, y una eventual discusión en este sentido sólo podría versar sobre si en este caso operó o no una derogación tácita del precepto.

En segundo lugar, Hernández estima que el rasgo diferenciador de esta nueva eximente está constituido por los requisitos previstos en las circunstancias 3ª y 4ª. Sobre la primera de ellas, este autor defiende una interpretación más acotada que la de Santibañez y Vargas y de gran parte de la doctrina española, toda vez que afirma que el mal causado sólo puede ser igual o no sustancialmente superior respecto del que se evita, pero no, en cambio, menor, pues en ese caso se invadiría un terreno que pertenece de manera exclusiva a la justificación. El asunto es discutible y, por ende, estimamos adecuado relativizar, al menos en esta parte, la veracidad de una tesis que compartimos. En cuanto a la segunda parte del argumento, esto es, la consideración a la circunstancia 4ª —sobre cuyo contenido discurriremos en las páginas finales de esta investigación—, el jurista chileno afirma que hay en ella, a pesar su ambigua redacción, una cláusula de inexigibilidad —únicamente compatible con las causas de inculpabilidad y, en este caso particular, con un estado de necesidad exculpante—, a partir de cual el número 11 mostraría su verdadera naturaleza.

Expuestas a modo de síntesis las dos interpretaciones que admite la circunstancia 3ª, y adhiriendo, por cierto, a la tesis de Hernández considerando la autentica singularidad que suministra al instituto la circunstancia 4ª, demos por descontado que el caso en que prevalece el mal menor frente a un peligro de mal superior constituye, en su forma más genuina, un estado de necesidad justificante. Las otras dos hipótesis indiscutidamente comprendidas en la circunstancia, a saber, el enfrentamiento de dos males equivalentes, y aquella en que se materializa un mal mínimamente superior al evitado, son, en cambio, sobre las que hemos venido afirmando un estado de necesidad exculpante, fundado en la inexigibilidad de otra conducta.

La cuestión de determinar si los males en conflicto son iguales o si uno de ellos es levemente superior al otro no ofrece respuestas unívocas o absolutas, pues como esbozamos párrafos atrás, la entidad de los bienes en conflicto, por sí sola, no es suficiente para zanjar si esta circunstancia se verifica o no. Lo anterior significa que respecto de dos bienes en abstracto iguales, establecer entre ellos una relación aritmética no es correcto. Por el contrario, es preciso tener en cuenta —afirma con razón Politoff²⁰⁹— el significado funcional que éstos cumplen. Así, por ejemplo, cuando se ponderan dos males a la propiedad o al patrimonio no puede desconocerse la capacidad económica de los involucrados. La única choza del campesino, ejemplifica Politoff, seguramente tendrá un valor superior a uno de los tantos inmuebles del magnate.

Fuera del ámbito de los males que recaen, en escenarios de necesidad, sobre la propiedad, ejemplos en esta línea hay varios. Tal vez el más debatido es el del aborto terapéutico²¹⁰, donde se enfrentan la vida de la madre y, según alguna doctrina²¹¹, la vida humana en gestación o no independiente del feto. Es notorio que la vida de la madre tiene un valor superior frente a la del feto. Lo anterior resulta más evidente, por ejemplo, cuando la madre que se hallaba en esta situación tiene ya otros hijos por los cuales velar y, por ende, vivir.

Ante la exigencia de la norma de aquilatar males, estimamos razonable el derrotero propuesto por Cerezo Mir²¹². El jurista madrileño señala que en la tarea de ponderación debe considerarse no sólo la importancia del bien jurídico lesionado, sino también la forma

²⁰⁹ Op. y vol. cits., pág. 389.

²¹⁰ Sobre este ejemplo existen, sin embargo, opiniones disidentes a la muy difundida de que se trata de un estado necesario, como, asimismo, a la que afirma que el bien jurídico lesionado es la vida humana no independiente. Por no tratarse de un estudio sobre la materia, prescindiremos de emitir juicios sobre el particular.

²¹¹ Así, Politoff Lifschitz; Grisolia Corbatón; y Bustos Ramírez, *Derecho penal chileno*. Parte especial (“Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas”). Prólogo de Luis Jiménez de Asúa. Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2ª ed., 2006, cfr. págs. 201 y siguientes.

²¹² *Curso*, etc., cit., cfr. págs. 276 y siguientes.

y gravedad de la afectación. Debe tenerse en cuenta, además, si el mal supondría para el bien una mera lesión o, peor aún, su pérdida. Adquiere relevancia, por otra parte, si existe o no un peligro concreto de lesionar el bien jurídico con la acción necesaria. Un ejemplo paradigmático a este respecto es el del joven que luego de beber y estar en evidente estado de ebriedad en compañía de un amigo, sufre un paro cardiorrespiratorio. Su compañero, que apenas puede mantenerse en pie, decide, a pesar de su estado, conducirlo en automóvil al recinto asistencial más cercano. Difícil será refutar que la vida su amigo, que corre peligro o riesgo concreto, tiene un valor superior a las eventuales vidas que una conducción en estado de ebriedad puede poner en riesgo²¹³. El tribunal —cierra Cerezo— deberá tomar en cuenta las valoraciones ético sociales y los principios que informan el ordenamiento jurídico.

Así como afirmamos que la circunstancia 2ª tenía que ser necesariamente evaluada a la luz de los acontecimientos, sobre esta tercera exigencia cabe una observación similar. Según comprobamos, existen pautas adicionales a la igualdad nominal de los bienes en colisión. A partir de lo antedicho se obtiene como corolario que lo en un caso puede dar lugar a dos males exactamente iguales, en otro puede generar un enfrentamiento disímil de afectaciones.

Conviene tener presente, finalmente, que el encabezado del artículo 11 excluye la posibilidad que los males recaigan sobre bienes o derechos supraindividuales o que afecten a personas jurídicas²¹⁴.

5. *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 estuviere o pudiese estar en conocimiento del que actúa (complemento).*— En el

²¹³ De esta opinión, también, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, op. cit., cfr. pág. 280.

²¹⁴ Esa es justamente la utilidad que Hernández, op. cit., pág. 272, atribuye a la primera parte del número 11, al afirmar que su introducción era innecesaria “a menos que se entienda que tiene por función restringir el ámbito de aplicación de la eximente a la preservación de bienes jurídicos individuales, con lo cual, por ejemplo, no procedería la eximente si de lo que se trata es de evitar un gran daño ambiental”.

capítulo anterior examinamos, a propósito de la circunstancia 4^a, la situación de aquellas personas que por su ocupación, profesión u oficio, están obligados a soportar, dentro de ciertos límites, determinados males. Acerca de la redacción que en este sentido se escogió la norma, nos remitimos a las objeciones allí formuladas²¹⁵.

Esta circunstancia introduce lo que Jiménez de Asúa²¹⁶ llamó “elemento subjetivo” del estado de necesidad, es decir, la necesidad de que exista, por parte del que actúa, el ánimo o fin de salvaguardar el bien jurídico en peligro. Íntimamente ligado a la extrema presión motivacional que supone la inexigibilidad de otra conducta, por el contrario, el sujeto que ignora la situación de necesidad no actúa amparado por la exculpante, ya que su autodeterminación permanece intacta²¹⁷.

A partir de lo anteriormente expuesto, no es incorrecto afirmar que la parte final de la circunstancia 4^a —el mero conocimiento de la situación de necesidad— viene a complementar un requisito más complejo. En efecto, que la primera parte de la norma exija que se obre *para evitar un mal*, supone que es preciso que se actúe, más que con conocimiento, con un determinado designio. Dicho en otras palabras, el sólo conocimiento de la situación de necesidad no es suficiente para amparar con la exculpante a quien actúa; se requiere, además, motivación, ánimo o fin de salvaguardar un bien jurídico.

Por lo demás, desde un punto de vista material, que se robustezca la circunstancia al exigir el designio de salvaguardar el bien jurídico, es imprescindible considerando las dificultades empíricas que importa probar el simple conocimiento de una situación²¹⁸.

²¹⁵ Cfr. *supra*, II, 4, 4.2.

²¹⁶ *Tratado*, etc., cit., tomo IV (“El delito”), cfr. págs. 427 y 428.

²¹⁷ De esta opinión, Zaffaroni, *Tratado*, etc., cit., tomo IV, pág. 253.

²¹⁸ En contra, y apartándose del contenido del § 35 *StGB*, Jakobs, op. cit., pág. 693. Crítico de éste, Roxin, *Derecho penal*, etc., cit., cfr. págs. 910 y 911.

Cuestión distinta, y del todo indiferente para el Derecho, por lo que no contraviene los términos de la circunstancia, es el contenido más íntimo de esa motivación²¹⁹. No es necesario, por ejemplo, que los motivos que tuvo quien actuó a favor de un tercero, sean especialmente nobles.

Conviene advertir, además, que la parte final de la circunstancia 4ª contiene lo que podríamos calificar como una presunción de conocimiento al añadir que ésta se configurará también cuando la situación de necesidad “pudiese estar en conocimiento del que actúa”, de modo que, según razona Hernández²²⁰, no estaría exento de responsabilidad el que obra a favor de un tercero debiendo saber que a éste le era exigible el sacrificio del bien. Existiría, a partir de esta oración, una suerte de “deber de diligencia”.

Dicho esto, corresponde referirse al resto de la circunstancia. Según anticipamos, Héctor Hernández²²¹ prohíja la tesis de que la circunstancia 4ª, tras aludir a lo “razonablemente exigible”, constituye una cláusula de exigibilidad de otra conducta. Este autor, sin embargo, afirma que dicha referencia puede interpretarse de dos maneras muy diferentes. Una primera lectura —en permanente tensión con el tenor eminentemente objetivo del resto de circunstancias— indica que a partir de ella el tribunal dispondría de un último espacio de apreciación del caso concreto, “algo así como una apreciación a la «empatía» del tribunal”²²². Por el contrario, teniendo en cuenta las regulaciones comparadas examinadas en la construcción de la norma, Hernández advierte que la referencia a lo “razonablemente exigible” sería una forma de referirse a dos hipótesis en que la configuración de la exculpante quedaría excluida, a saber, que el necesitado haya

²¹⁹ Roxin, *ibidem*, *id.*, en esta línea afirma: “los móviles últimos del actuar humano están sustraídos a la atención del Derecho”. De la misma forma, Jakobs, *op. cit.*, *cfr.* pág. 693, señala que el examinar el elemento subjetivo en el estado de necesidad exculpante no se tomará en cuenta la pureza de la motivación.

²²⁰ *Op. cit.*, *cfr.* pág. 275.

²²¹ *Ibidem*, *cfr.* págs. 274 y 275.

²²² *Ibidem*, pág. 274.

provocado el escenario o contexto de necesidad, suscitándose la discusión sobre si quien imprudentemente generó la necesidad puede o no auxiliarse de la eximente; y que, conforme hemos anotado anteriormente, el necesitado por su profesión, cargo u oficio esté obligado a soportar el mal²²³.

²²³ Partidarias también de esta segunda lectura, Santibáñez y Vargas, op. cit., cfr. pág. 202.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros, Memorias de prueba y artículos.

Antolisei, Francesco: *Manual de Derecho penal*, 8ª ed., corregida y actualizada al cuidado de Luigi Conti, Temis, Bogotá, 1988.

Anton Oneca, José: *Derecho penal*. 2ª ed., anotada y puesta al día por J. Hernández y L. Beneytez), Akal, Madrid, 1986.

Bettioli, Giuseppe: *Derecho penal*. Parte general, 4ª ed., traducción de José León Pagano, Temis, Bogotá, 1965.

Bustos Ramírez, Juan; y Hormazábal Malarée, Hernán: *Lecciones de Derecho penal*. Parte general, Trotta, Madrid, 2006.

Carreras, Eduardo Raúl: *Las causas de justificación en el Código Penal*, Cooperadora de Derecho y Ciencias sociales, Buenos Aires, 1978

Cerezo Mir, José: “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”, en *Justificación y exculpación en el Derecho penal* (Coloquio hispano-alemán de Derecho penal), Albin Eser, Enrique Gimbernat y Walter Perrón (Editores), Universidad de Complutense y Centro de estudios judiciales, Madrid, 1995.

Cerezo Mir, José: *Curso de Derecho penal español*. Parte general. (3 vols.), tomo II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

Cousiño Mac Iver, Luis: *Derecho penal chileno*. Parte general. (2 vols.), tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975 – 1979.

Cuerda Arnau, Maria Luisa: *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1997.

Cury Urzúa, Enrique: *Derecho penal*. Parte general, 9ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2009.

Cury Urzúa, Enrique: *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Edeval, Valparaíso, 1969.

Delitala, Giacomo: *El «hecho» en la teoría general del delito*. Traducción y Estudio preliminar de Pietro Sferrazza Taibi, revisión y Prólogo de José Luis Guzmán Dálbora. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

Díaz Palos, Fernando: voz “Estado de necesidad”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (30 vols.), tomo VIII, Seix, Barcelona, 1965.

Etcheberry Orthusteguy, Alfredo: *Derecho penal*. Parte general, (4 vols.), 3ª ed., revisada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997 (según cubierta, 1998)

Fontecilla Riquelme, Rafael: “Los problemas jurídicos de las causas supraleales en materia penal”, en *Estudios en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

Frank, Reinhard: *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción de Gustavo E. Aboso y Tea Löw, y con un estudio de Gonzalo Fernández. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

Freudenthal, Berthold: *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*. Traducción y Prólogo por José Luis Guzmán Dalbora, Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2006.

Fuentes Ferrara, Danae: *La ponderación de males en el estado de necesidad*, Santiago, Legal Publishing, 2009.

García Soto, María Paulina: *El estado de necesidad en materia penal*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1999.

Garrido Montt, Mario: *Derecho penal*. Parte general, (4 vols.), tomo II, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1997 – 2000).

Gimbernat, Enrique: *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Universidad de Complutense, Madrid, 1979.

Gimbernat, Enrique: *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

Gimbernat, Enrique: “Justificación y exculpación en el Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)” en *Justificación y exculpación*, etc. cit.

Goldschmidt, James: *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed. Traducción de M. de Goldschmidt y R. Núñez, con estudios de éste y Edgardo Donna. Editorial B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2002

Goldschmidt, James: *Problemas generales del Derecho*. (Obra póstuma), Prólogo de Eduardo J. Couture, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

Guzmán Dalbora, José Luis: *El delito de amenazas*, 1ª ed., Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1999.

Guzmán Dalbora, José Luis: *Cultura y delito*, 1ª ed., Temis, Bogotá, 2010.

Hernández Basualto, Héctor: “Comentario al artículo 10 número 11”, en *Código penal comentado*. Parte general. Doctrina y jurisprudencia. Jaime Couso Salas y Héctor Hernández Basualto (Directores), AbeledoPerrot, Santiago, 2011.

Hirsch, Hans Joachim: *Derecho penal*. Obras completas. (4 vols), tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

Hirsch, Hans Joachim: “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”, en *Justificación y exculpación*, etc., cit.

Jakobs, Günther: *Derecho penal*. Parte general, 2ª ed. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Jescheck, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal*. Parte general, 5ª ed., renovada y ampliada. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 2002.

Jimenez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal* (publicados 7 vols.), tomos IV y VI, Losada, Buenos Aires, 1975 – 1976.

Jiménez de Asúa, Luis: *Crónica del crimen*, 2ª ed., Editora Inter-Americana, Buenos Aires, 1943.

Labatut Glenda, Gustavo: *Derecho penal* (2 vols.), tomo I, 9ª ed., actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992

Marinucci, Giorgio; y Dolcina, Emilio: *Manuale di Diritto Penale*. Parte generale, 2ª ed., Giuffré, Milano, 2006.

Maurach, Reinhart: *Derecho penal*. Parte general, actualizada por Heinz Zipf, (2 vols.), tomo I. Traducción de la 7ª ed., alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Astrea, Buenos Aires, 1994. .

Mayer, Max Ernst: *Derecho penal*. Parte general. 1ª ed., traducción de Sergio Politoff Lifschitz. Revisión general y Prólogo por José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B de F, Montevideo, 2007.

Mezger, Edmund: *Derecho penal*. Parte general, Libro de estudio. Traducción de Conrado Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.

Mir Puig, Santiago: “Problemas de estado de necesidad en el art. 8, 7º CP”, en *Estudios jurídicos en honor al Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, (2 vols.), tomo I, Bosch, Barcelona, 1983.

Mir Puig, Santiago: *Derecho penal*. Parte general, 7ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2005.

Muñoz Conde, Francisco: “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2009.

Náquira Riveros, Jaime: “Artículo 10 N° 8º y 9º” en *Texto y Comentario del Código penal chileno*, Libro primero - Parte general. Artículos 1º al 105, tomo I. Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga (Coord. Jean Pierre Matus), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho penal chileno*. Parte general. (2 vols.), tomo I, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Peña Wasaff, Sivia: *El estado de necesidad en el Derecho penal chileno y comparado*. (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Valparaíso, 1974

Perron, Walter: “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado (con especial consideración del Derecho penal español)”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLI, fascículo I, publicación oficial del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

Politoff Lifschitz, Sergio: *Derecho penal*, tomo I (único publicado), Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997.

Politoff Lifschitz, Sergio; Grisolia Corbatón, Francisco; y Bustos Ramírez, Juan: *Derecho penal chileno*. Parte especial (“Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas”). Prólogo de Luis Jiménez de Asúa, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2006.

Radbruch, Gustav: *El espíritu del Derecho inglés*. Traducción de Fernando Vela Revista de Occidente, Madrid, 1958.

Ramos Rivera, José Luis: “El estado de necesidad en la legislación penal mexicana”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México, año XXIII, número 69, 1969.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora*. Edición crítica con motivo de su centenario, preparada bajo la dirección y con un Estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1974.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: “El principio de culpabilidad en el Código penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno*. Edición y Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1975.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Ciencias penales*, Fundación cuadernos de la Cátedra, número 5, Corrientes, 2000.

Rodríguez Devesa, José María; y Serrano Gomez, Alfonso: *Derecho penal*. Parte general. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

Roxin, Claus: *Culpabilidad y prevención en el Derecho penal*, traducción, introducción y notas por Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid.

Roxin, Claus: *Derecho penal*. Parte general, 2ª ed., tomo I, traducción de la 2ª ed., alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier del Vicente Remesal, Cívitas, Madrid, 1997.

Santibáñez Torres, María Elena; y Vargas Pinto, Tatiana: “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, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2011.

Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino*, (5 vols.), tomo I, 10ª reimpresión, actualizado por Guillermo J. Fierro, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.

Stratenwerth, Günter: *Derecho penal*. Parte General I (“El hecho punible”), 4ª ed., totalmente reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

Villegas Díaz, Myrna: “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 2, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2010.

Von Liszt, Franz: *Tratado de Derecho penal*, (3 vols.), 3ª ed., tomo II. Traducción de la 20ª ed., alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1914 – 1917.

Welzel, Hans: *Derecho penal alemán*, 11ª ed. Traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Los bienes jurídicos protegidos en el Código penal chileno y la orientación de su parte especial”, en *Actas Internacionales*, etc., cit.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho penal*. (5 vols.), tomos III y IV, Ediar, Buenos Aires. 1996 – 1999.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Derecho penal*. Parte general. Obra escrita en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho penal*. Parte general (en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar), 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006.

2. Otros documentos

Historia de la Ley n° número 20.480. Modifica el Código Penal y la Ley n° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “Femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma de las normas sobre Parricidio. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Valparaíso, 2010.