

MA100 500  
RU 90675

MAG  
M843r  
2012



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO  
PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO (*LEGUM MAGÍSTER*)



“La reforma de la Ley número 20.480 de 18 de diciembre de 2010, ¿introdujo al Código penal sólo el estado de necesidad exculpante?”

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho (*Legum Magister*),  
mención Derecho y proceso penales



**Autor: María Soledad Moreno López**

**Profesor Guía: Dr. José Luis Guzmán Dálbora**

**Entrega: Enero de 2012**

MAG  
M843r  
2012

*A mis hijas, por su infinita paciencia, sabiduría y alegría.*

*Al amor de mi vida, por toda la cordura y la locura.*

## Indice

Introducción.....	1
I. Aspectos generales del estado de necesidad como eximente de la responsabilidad penal.	
1. Concepto, fundamento y naturaleza del estado de necesidad.....	3
2. Delimitación del estado de necesidad respecto de otras eximentes de responsabilidad penal.....	13
2.1. Estado de necesidad y miedo insuperable.....	14
2.2. Estado de necesidad y legítima defensa.....	16
3. Consecuencias de la aplicación del estado de necesidad como justificante y como exculpante.....	17
3.1. Participación criminal.....	18
3.2. Responsabilidad civil derivada del hecho.....	18
3.3. Procedencia de la legítima defensa.....	18
II. El estado de necesidad en el Código penal chileno	
1. Regulación y revisión dogmática previas a la reforma de la Ley número 20.480.....	19
2. Historia de la ley N° 20.480 que 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 las normas sobre parricidio, de 18 de diciembre de 2010.....	22
III. Inconsistencias de la reforma introducida por la ley número 20.480 en materia de estado de necesidad.	
1. Planteamiento del problema.....	27
2. La reforma de la Ley número 20.480 de 18 de diciembre de 2010, ¿introdujo al Código penal sólo el estado de necesidad exculpante?.....	28
3. ¿Cuál es la relación que existe entre la disposición del artículo 10 N°7 y la contenida en el artículo 10 N° 11?.....	34
4. ¿Qué ocurre con las hipótesis de estado de necesidad que hasta antes de la reforma de 2010 quedaban fuera de la regulación del artículo 10 N°7?.....	35

# Tesis Guzmán

IV. Reconocimiento de la justificación supralegal, posible salida a un problema aparentemente insoluble.....	43
Conclusiones.....	50
Bibliografía.....	53

## Introducción

El presente trabajo pretende analizar los cambios jurídicos del Código penal relativo al estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal, con el objeto de determinar cuál es su real alcance luego de la reforma de la ley N° 20.480. Los temas en que resulta afectada el actual artículo 11 del artículo 10 del Código, introducido por la misma reforma, vislumbra legítimamente preguntarse si la disposición podría entenderse o no todas aquellas hipótesis de estado de necesidad que no se encuentran expresamente hasta su reforma en vigencia.

Para realizar este trabajo se analizarán algunos aspectos generales en materia de eximentes de responsabilidad penal, especialmente lo que dice relación con el estado de necesidad, destacándose en su caso, su fundamento y existencia jurídica, pues con esas especificaciones podremos tener postura respecto del contenido y los límites del estado de necesidad como causa de exención de la responsabilidad penal y sus consecuencias al día en el debate actual que rodea al respecto. Luego detallaremos la existencia del estado de necesidad respecto de otros con los que suele confundirse por mantener ciertos puntos de contacto, como es el caso de la legítima defensa y el estado de ignorancia. Además,

**RESUMEN:** La Ley número 20.480 introdujo una nueva eximente de responsabilidad penal, incorporando un nuevo estado de necesidad en el número 11 del artículo 10 del Código penal. De la nueva redacción de dicho numeral surgen varias interrogantes que deben ser dilucidadas, tales como la relación de la nueva eximente con el estado de necesidad justificante contenido en el artículo 10 número 7 del Código penal, y la determinación de la verdadera naturaleza de la nueva eximente, en el sentido de fijar si ella es capaz de abarcar tanto situaciones de justificación y exculpación, o sólo esto último.

**PALABRAS CLAVE:** Ley número 20.480, artículos 10 N°11 y 10 N° 7 del Código penal, teoría de la diferenciación, estado de necesidad justificante, estado de necesidad exculpante, justificación suprallegal.

## **Introducción**

El presente trabajo pretende analizar las normas jurídicas del Código penal relativas al estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal, con el objeto de determinar cual es su real alcance luego de la reforma de la ley N° 20.480. Los términos en que resultó redactado el actual número 11 del artículo 10 del Código, introducido por la citada reforma, vuelven legítimo preguntarse si la disposición permite contener o no todas aquellas hipótesis de estado de necesidad que no se encontraban consideradas hasta su entrada en vigencia.

Para realizar este trabajo se analizarán algunos aspectos generales en materia de eximentes de responsabilidad penal, especialmente lo que dice relación con el estado de necesidad, deteniéndonos en su concepto, fundamento y naturaleza jurídica, pues con esas especificaciones podremos tomar postura respecto del contenido y los límites del estado de necesidad como causa de exclusión de la responsabilidad penal y nos pondremos al día en el debate actual que existe al respecto. Luego delimitaremos la eximente del estado de necesidad respecto de otras con las que suele confundirse por mantener ciertos puntos de contacto, como es el caso de la legítima defensa y el miedo insuperable. Además,

revisaremos el diferente estatuto que rige respecto de los efectos de la exención de la responsabilidad penal por haber concurrido una causa de justificación o una causa de inculpabilidad, en lo que dice relación con participación criminal, responsabilidad civil derivada del hecho y procedencia de la legítima defensa.

Luego se examinará la institución en el ordenamiento jurídico chileno tal y como se encontraba regulada con anterioridad a la reforma introducida por la Ley número 20.480, tanto en su conceptualización, límites y tratamiento por la doctrina nacional. Después se revisará la historia de la Ley número 20.480, poniendo de manifiesto el contexto en que surge dicha ley.

Posteriormente, continuaremos con el examen del número 11 del artículo 10 del Código penal, tal y como resultó su regulación por la citada reforma, deteniéndonos en su alcance actual y las posibles hipótesis interpretativas a que da pie su particular redacción, revelando cuales son las principales inconsistencias que presenta la reforma introducida por la ley número 20.480 en materia de estado de necesidad y los problemas que ello implica, abocándonos fundamentalmente a intentar determinar si es posible o no considerar que nuestro Código penal contemple como eximente de responsabilidad -en sede de justificación y no de exculpación- aquel caso en que se ponen en juego bienes jurídicos de diferente entidad valorativa, que no se encontraban capturados por el número 7 del artículo 10, excediéndolo.

Finalmente, buscaremos dar con una solución que no nos obligue a echar mano a una reforma legal, debatiendo la procedencia o no del reconocimiento de una justificación supralegal como posible ultimo recurso para resolver el asunto.

## Capítulo I

### Aspectos generales del estado de necesidad como eximente de la responsabilidad penal.

#### 1. Concepto, fundamento y naturaleza del estado de necesidad.

Tanto la doctrina nacional como extranjera ha sido prolífica en la elaboración de conceptos sobre el estado de necesidad, algunos más precisos que otros, puesto que abundan aquellos que por ser muy generales permiten abarcar situaciones disímiles que poco ayudan a traer lucidez a nuestro ámbito.

Buscando el mayor rigor tomamos el concepto que nos expone MAURACH, quien señala que: “el estado de necesidad puede ser conceptualizado para todas las ramas del derecho, y respecto de todas las formas de aparición de esta figura jurídica, como un *estado de peligro actual para intereses reconocidos*, el que *sólo puede ser superado mediante la lesión de intereses reconocidos de un tercero*; relevante para el derecho penal es sólo aquella situación de peligro ante la cual la acción de salvamento ejecutada cumple el tipo de un hecho punible”<sup>1</sup>.

En la misma línea nos encontramos con el concepto de JESCHECK, citado por numerosos autores, según el cual el estado de necesidad es: “una situación de peligro actual para legítimos intereses que sólo puede evitarse mediante la lesión de los de otra persona”<sup>2</sup>.

Ambas parecen provenir de aquella de VON LISZT que señalaba que: “el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> MAURACH y ZIPF, *Derecho penal*, Parte general, 2 vols., traducción de la 7ª ed. por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Buenos Aires, Ed. Astrea, t.I, 1994, pág. 464, la cursiva en el original.

<sup>2</sup> JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, Parte general, traducción de la 5ª ed. por Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Ed. Comares, 2002, pág. 379.

<sup>3</sup> *Tratado de Derecho penal*, (3 vols.) 3ª ed. traducida por Luis Jiménez de Asúa de la 20ª ed. Alemana, Madrid, Instituto Editorial Reus, t.2, s.a., pág. 352.

A continuación, los dos primeros autores destacan que se trata de un concepto amplio, sea porque abarca otras causas de justificación, como la legítima defensa, o porque ya desde el puro ámbito del estado de necesidad considera distintas colisiones de intereses o supuestos de diversa índole que necesitan un tratamiento diferenciado. En este último sentido, ya clásico es el conjunto de ejemplos que nos da JESCHECK: “El agredido mata en su defensa a un perro feroz. Para apagar un fuego debe dañarse la finca vecina. El bañista utiliza, en contra de la voluntad de su dueño, una barca anclada en la playa para rescatar a alguien que se ahoga. El médico sobrepasa con su vehículo el límite máximo de velocidad prescrito para trasladar lo más rápidamente posible a un herido grave. El alpinista corta la cuerda que le une con su compañero caído que pende de la misma para salvar su propia vida. Un tercero actúa también de esa forma para salvar al menos la vida de uno de los accidentados. El guardagujas dirige a un tren hacia una vía con operarios para evitar una catástrofe mucho mayor mediante el choque contra un tren de pasajeros estacionado. El empleado de ventanilla es forzado con un arma a entregar al atracador del banco la llave de la cámara acorazada”<sup>4</sup>.

Como vemos, en todos los ejemplos encontramos como elemento común la colisión de bienes o intereses jurídicos, conflicto que es de tal entidad que la subsistencia de ambos bienes se vuelve imposible, y del que sólo es posible zafar con la lesión o sacrificio de uno de ellos.

Ahora bien, si observamos detenidamente, podemos separar los ejemplos anteriormente relatados en dos grupos, uno donde los bienes jurídicos contrapuestos tienen distinta entidad valorativa y otro donde aquellos son equivalentes para el Derecho.

Es por esto que es casi imposible aislar el análisis del concepto de estado de necesidad en materia penal del de su fundamento y naturaleza jurídica, ya que si bien podemos dar un concepto único —que englobe casos en que los intereses contrapuestos sean de diferente o de igual entidad valorativa— al momento de detenernos en su fundamento y naturaleza, necesariamente tenemos que hacer la distinción a la que aludimos, puesto que pese a que conceptualmente logramos albergar ambas hipótesis, al momento de fijar la

---

<sup>4</sup> Op. cit. pág., 379.

naturaleza jurídica del instituto se manifiesta su carácter bifronte, puesto que responden a fundamentos diferentes. Esto es lo que trataremos de explicar en las siguientes líneas.

La Ciencia del Derecho penal ha debatido largamente respecto del fundamento y naturaleza del estado de necesidad, específicamente si éstos son unitarios o bipartitos.

La doctrina mayoritaria hoy se encuentra conteste en la adhesión a la llamada teoría diferenciadora, es decir, aquella tesis que entiende que la naturaleza del estado de necesidad es bipartita, y que en caso que el mal causado sea de igual envergadura que el que se trata de evitar, lo que queda excluida es la culpabilidad de la acción cometida, que sigue siendo típica y antijurídica; en cambio, cuando los intereses en conflicto son desiguales y se sacrifica el de menor valor para salvar el que tiene un rango superior, ese estado de necesidad excluye la antijuridicidad<sup>5</sup>. Dicen los que adhieren a esta teoría que solo así se puede responder a los distintos fundamentos que permiten eximir de responsabilidad penal en ambos casos, ya que, al igual que la antijuridicidad y la culpabilidad, las causas de justificación y las de exculpación deben ser rigurosamente diferenciadas. En las primeras se trata de que en el caso concreto dos bienes o intereses se encuentran enfrentados de tal modo que sólo uno de ellos puede ser preservado; el bien o interés de mayor valor prevalece, pues, frente al que posee menor importancia. En las causas de exculpación existe una situación excepcional que hace que resulte inadecuado el reproche de culpabilidad por la comisión del hecho antijurídico<sup>6</sup>.

En otras palabras, lo que correspondería frente a un conflicto de bienes de igual entidad sería eximir de responsabilidad penal por concurrencia de una causa de

---

<sup>5</sup> Expresa o tácitamente ANTON ONECA, *Derecho penal*, Madrid, Ed. Akal, 2ª ed., 1986, págs. 301 y ss.; BUSTOS y HORMAZABAL, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pág. 481; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal*, Parte general, (3 vols.), Madrid, Ed. Tecnos, adenda a la sexta edición, t.II, 2005, págs. 260 y ss.; JESCHECK y WEIGEND, op. cit., pág. 380; JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, (publicados 7 vols.), Buenos Aires, Ed. Losada, 3ª ed., t. IV, 1976, pág. 321 y ss.; JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, (publicados 7 vols.), Buenos Aires, Ed. Losada, 2ª ed., t. VI, 1962, pág. 986 y ss.; MAURACH y ZIPF, op. cit., pág. 464; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Las causas de justificación*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, José Luis Depalma (editor), 1996, pág. 196 y ss.; RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, Ed. Dykinson, ed. 16ª, 1993, pág. 567 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, Parte general, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal de la 2ª ed. Alemana, Ed. Civitas, Madrid, t.I, 2007, reimpresión de la 1ª ed.(en Civitas)1997, págs. 896, 898 y ss.; WESSELS, *Derecho penal*, Parte general, trad. Finzi, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, págs. 88 y 120; ZAFFARONI, en colaboración con ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal*, Parte general, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2ª ed., 2005, págs. 631 y 744.

<sup>6</sup> Cfr., JESCHECK y WEIGEND, op. cit., pág. 348.

exculpación, puesto que el fundamento de dicha eximente estaría dado por una situación en que otra conducta se vuelve inexigible al sujeto; en cambio, ante un conflicto de bienes de diferente entidad valorativa correspondería eximir de responsabilidad penal por concurrencia de una causa de justificación, y ello porque el fundamento de dicha eximente provendría ya sea de la idea de ponderación de bienes o del principio del interés preponderante.

Así, tanto en España como en Alemania, y también en Chile, lo que los penalistas debaten es qué tipo de estado de necesidad se consagra en sus respectivos cuerpos legislativos, esto es, estado de necesidad justificante, si los bienes en conflicto son desiguales y lo que se excluye es la antijuridicidad; o estado de necesidad exculpante, si los bienes en conflicto son equivalentes y lo excluido es la culpabilidad; o ambos.

Ahora bien, pese a este aparente consenso no podemos dejar de poner de manifiesto las opiniones disidentes. Tener claras estas posturas que discrepan junto a la postura mayoritaria será necesario, puesto que más adelante en este estudio podremos tomarlas y revisar si son compatibles con la estructura del estado de necesidad en Chile tal y como quedó regulado luego de la modificación introducida por la ley número 20.480 de 18 de diciembre de 2010.

En este punto es donde nos encontramos con los planteamientos de GIMBERNAT para quien el estado de necesidad en materia penal es unitario y solo reconoce una naturaleza justificante. Así, independientemente de cómo se nos plantee el conflicto de bienes jurídicos, sean estos equivalentes o no, siempre estaríamos frente a una causa de justificación.

Este autor expone que en el ámbito de la antijuridicidad el Derecho decidiría qué es lo que *quiere* prohibir, y optaría por no querer combatir ciertas acciones, justificándolas, pero en la esfera de la culpabilidad, y puesto que el mecanismo inhibitorio del Derecho penal tendría sus límites, no *podría* combatir los comportamientos inculpables porque la pena sería ineficaz para hacerlo por razones de motivabilidad. En el caso de estado de necesidad por conflicto de intereses iguales la amenaza penal podría desplegar plenamente su efecto inhibitorio, siguiéndose de ello que el hecho de proceder con una pena contra los hechos cometidos en estado de necesidad no sería en modo alguno ineficaz, sino que, por el contrario, podría lograrse que muchos, para evitar la sanción, aceptasen la lesión del propio

bien jurídico antes que menoscabar el ajeno. Todo ello lo podría alcanzar el Derecho penal si quisiese; pero es que no quiere. Por ello estaríamos frente a una causa de exclusión de la antijuridicidad, puesto que el motivo por el cual no se amenaza con una pena no es el de que ello no sería eficaz, sino el que no se quiere actuar inhibitoriamente<sup>7</sup>.

Ante este planteamiento, refuta CERZO que el criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad y, por tanto, entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, según que la pena posea o no eficacia inhibitoria, no resulta convincente. Tanto en la legítima defensa, como en el estado de necesidad, si bien en general es cierto que la pena podría desplegar una eficacia inhibitoria, hay supuestos en que ello no es así, o resulta problemático que así sea, como en los supuestos de agresión ilegítima contra la vida o la integridad corporal, en la legítima defensa y en los casos de conflicto entre dos vidas humanas o entre la integridad corporal de dos personas, en el estado de necesidad. CERZO señala que GIMBERNAT reconoce ello, pero considera que hay que atenerse a lo que sucede en la mayor parte de los casos a la hora de determinar la naturaleza jurídica de una eximente<sup>8</sup>.

Estamos de acuerdo con CERZO puesto que no estaría resuelta por GIMBERNAT la situación en general, incluso este último reconoce que: “existen situaciones límites, como la de la tabla de Carneades, en las que es más que dudoso que la pena pueda ejercer alguna influencia sobre un autor que solo puede salvar su existencia física a costa de la vida de otro”<sup>9</sup>. Luego, CERZO continúa fortaleciendo su argumento cuando afirma que lo consecuente sería dotar a cada una de las eximentes de una doble naturaleza. Así, en los casos en que la pena tuviera eficacia intimidante o inhibitoria sería una causa de justificación y en los casos en que la pena estuviera privada de dicha eficacia sería una

---

<sup>7</sup> Cfr., “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad” en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Ed. Tecnos, 3ª ed., 1990, págs. 224 y ss., la cursiva es nuestra. Iguales planteamientos, con diferentes argumentos, encontramos en MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2007, pág. 167, y en SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, Julio Cesar Faira (editor), 2ª ed. ampliada y actualizada, 2010, pág. 667-668.

<sup>8</sup> Cfr., *Derecho penal*, parte general, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, Julio Cesar Faira (editor), 2008, pág. 580, y en “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (edit.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1995, pág. 28.

<sup>9</sup> Op. cit., pág. 225.

mera causa de inculpabilidad<sup>10</sup>, otorgándonos así una solución que partiría también desde el esquema de la prevención general.

A todas luces parece más convincente este último argumento, pues deja de manifiesto que GIMBERNAT no asume el quiebre en su argumentación, puesto que no da fundamento al tratamiento diferenciado que propone al conflicto entre bienes jurídicos de igual valor, y parece evaluar los hechos desde un punto de vista casi exclusivamente subjetivo. De este modo, y partiendo de la base que la exculpación quedaría relegada a casos de sujetos respecto de los cuales sociológicamente se admite que son inaccesibles a la motivación de la pena, ya sea por su inimputabilidad permanente o transitoria, o porque al desconocer la prohibición no han tenido ocasión de dejarse influir por ella<sup>11</sup>, CERESO objeta, ya en general, la tesis de GIMBERNAT indicando que, además, no está excluida por completo la eficacia intimidante o inhibitoria de la pena en algunos inimputables, como en el caso de los que padecen anomalías o alteraciones psíquicas; o que se hallen en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan análogos efectos; o se encuentren bajo la influencia de un síndrome de abstinencia<sup>12</sup>.

Incluso, desde la órbita alemana, HIRSCH se plantea ante GIMBERNAT en este mismo sentido cuando señala que centrar el asunto en distinguir si la pena puede o no desplegar un efecto inhibitorio implica considerar que: “si bien la incapacidad de culpabilidad y el error de prohibición inevitable excluyen sólo la culpabilidad, los casos en los que la presión de motivación de una situación de estado de necesidad no excluye la culpabilidad por completo, sino tan sólo la rebaja a una cuantía que ya no es suficiente para el reproche jurídico de culpabilidad, se ven elevados a la categoría de causas de justificación. Esto, sin embargo, invierte de modo evidente el orden jerárquico que corresponde a la situación material”<sup>13</sup>, dejando de manifiesto esta paradoja insoluble.

---

<sup>10</sup> Cfr., *Derecho penal*, parte general, op. cit., pág. 580-581.

<sup>11</sup> Cfr., op. cit., pág. 224.

<sup>12</sup> Cfr., *Derecho penal*, parte general, op. cit. pág. 581.

<sup>13</sup> “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (edit.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1995, pág. 47.

Yendo más allá aún, el argumento de GIMBERNAT vuelve a perder fuerza cuando afirma que ante la acción de estado de necesidad no cabe la legítima defensa, puesto que aquella no es antijurídica, pero sí el estado de necesidad. Esta sería la única solución justa, pues no se aplicarían dos criterios distintos para el que actúa primero en estado de necesidad y para el que se ve afectado entonces por esa situación<sup>14</sup>. Ante este planteamiento tampoco tardan en refutarle, puesto que de ser así las cosas podríamos llegar a admitir una cadena sin fin de estados de necesidad, lo que sería dudoso, pues querría decir que ambos o todos están actuando legítimamente. En el fondo estaríamos reconociendo a todos el derecho sobre la vida propia y la ajena ante la amenaza de un mal a la vida, la lucha de todos contra todos<sup>15</sup>. En el mismo sentido vuelve a la carga CERESO cuando explica que “al estimar que la acción de ambos es lícita, el Derecho se inhibiría de resolver el conflicto y la solución del mismo quedaría confiada a la ley del más fuerte”<sup>16</sup>.

Además de esta elaboración de GIMBERNAT, quien plantea esta particular postura respecto de lo que diferencia a las causas de justificación y las de exculpación –trayendo ello como corolario consecuencias que considera favorables respecto de la concepción del estado de necesidad como eximente de la responsabilidad penal– en España han surgido otras voces disidentes como respuesta a la extensión con que el Código penal español reguló el estado de necesidad<sup>17</sup>. En este segundo plano, son múltiples los autores que han puesto de manifiesto la amplitud con que se consagra por ese cuerpo legal la eximente en comento<sup>18</sup> ya sea porque no limita los bienes jurídicos salvables en estado de necesidad, sea porque tampoco repara requiriendo una desproporción significativa entre los bienes

---

<sup>14</sup> Cfr., op. cit., pág. 230.

<sup>15</sup> Cfr., BUSTOS y HORMAZABAL, op. cit., pág. 276.

<sup>16</sup> *Derecho penal*, parte general, op. cit., pág. 581-582.

<sup>17</sup> El artículo 20 del Código penal español establece en su número 5º que está exento de responsabilidad criminal el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

<sup>18</sup> BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, Parte general, Madrid, Ed. Akal, 4ª ed., 1997, págs. 269-271; CERESO MIR, *Derecho penal*, parte general, op. cit. págs. 593-594; MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, Ed. B de F, Julio Cesar Faira (editor), 7ª ed., 2ª reimpresión, julio de 2005, pág. 451-452; RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, Ed. Dykinson, 17ª ed., 1994, pág. 569 y ss., entre otros.

jurídicos ponderados, o porque no exige algún grado de proporcionalidad entre los medios utilizados y la gravedad de la amenaza.

En este sentido, MIR encuentra una solución según la cual tendríamos que desistir del empeño de albergar en el art.20, 5º ambos estados de necesidad, limitando así el alcance del precepto al estado de necesidad justificante, entendido en un sentido más restringido que el acostumbrado por la doctrina mayoritaria<sup>19</sup>. Por su parte, el estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable (art.20, 6º CP) y, en su defecto, en caso de resultar esta vía insuficiente, por una eximente analógica<sup>20</sup>, aclarando él mismo, y tal como adelantábamos, que no se opone a la teoría de la diferenciación al estilo de GIMBERNAT, sino que discrepa de la teoría dominante en España que considera que el estado de necesidad exculpante se encuentra albergado en el art.20, 5º, cuando realmente se encontraría cobijado en el miedo insuperable. Ello se derivaría, según MIR, del hecho que el art.20, 5º prevé un solo tratamiento para todos los supuestos que alcanza, en abierta contradicción con el planteamiento diferenciador que requeriría si diese cabida a instituciones tan diversas. La admisión ilimitada del auxilio necesario de terceros, la no limitación de los bienes tutelados a los de carácter personalísimo y la exigencia de una comparación objetiva del valor de los males en juego ponen de manifiesto que la eximente 5ª sólo resulta adecuada para el estado de necesidad justificante<sup>21</sup>.

BUSTOS disiente de esta postura señalando que si no se incluye el estado de necesidad exculpante en el art. 20.5 CP, necesariamente se le tiene que llevar, como hace MIR, al miedo insuperable contenido en el número 6 del mismo artículo, precepto que a su vez pone requisitos demasiado estrictos y que no se avienen con el estado de necesidad exculpante que ciertamente no requiere la existencia del miedo. De ahí, continúa BUSTOS, que la única solución para poder apreciar el estado de necesidad exculpante en toda su

---

<sup>19</sup> Recordemos que para GIMBERNAT el estado de necesidad, como eximente de responsabilidad penal, sólo reconoce naturaleza justificante, en cambio, para MIR, el estado de necesidad posee una doble naturaleza, justificante y exculpante, pero dada la regulación existente en el Código penal español, sólo podría considerarse regulado legalmente el estado de necesidad justificante.

<sup>20</sup> Cfr., op. cit., pág. 453.

<sup>21</sup> Cfr., ibid.

amplitud es recurrir al art. 20.5 CP, que comprendería ambos, aunque diferenciados en su fundamento<sup>22</sup>.

Observamos entonces que los nuevos planteamientos vienen de la mano, como ya dijimos, de un intento de restringir el amplio alcance que el legislador español concedió al estado de necesidad, y no sólo MIR reformula los límites de éste cuando señala que en relación al estado de necesidad justificante únicamente se puede arribar a “la conclusión de que este precepto sólo ampara los supuestos en que el bien salvado posea un valor *esencialmente* superior al que se sacrifica, salvo cuando el mal que amenaza constituye una conducta penalmente típica”<sup>23</sup>, sino también CEREZO limita el alcance del estado de necesidad justificante cuando, motivado por aquellos casos en que, si bien el mal causado es menor que el que se trataba de evitar, no se podría considerar lícita la conducta, puesto que supondría un grave atentado a la dignidad de la persona humana (Ej.: el cirujano que extrae un riñón a un sujeto sin su consentimiento para salvar la vida de otro paciente), allí se utilizaría al ser humano como un simple instrumento para la consecución de otros fines y ello implicaría un grave atentado contra su dignidad. Producto de ello habría que introducir una restricción en el criterio de la opinión dominante. Así, el estado de necesidad sería una justificación cuando el mal causado fuere menor que el que se trataba de evitar siempre que la conducta realizada no implicara una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana. Por su parte, cuando el mal causado fuere menor que el que se trataba de evitar, pero se hubiere cometido una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana la conducta sería ilícita y cabría frente a ella la legítima defensa. En estos casos el estado de necesidad solo podría tener efecto exculpan<sup>24</sup>.

Contrasta todo esta polémica con la aparente calma que existe en Alemania, donde, sin embargo, durante décadas también existió un arduo debate cuyo objetivo era determinar qué tipo de estado de necesidad era el consagrado en su legislación. De esta forma, la discusión no se centró en dilucidar si la naturaleza jurídica del estado de necesidad era unitaria o bipartita, sino que, debatiendo largamente respecto del fundamento y naturaleza del estado de necesidad como eximente de la responsabilidad en su legislación –

---

<sup>22</sup> Cfr., op. cit., pág. 277.

<sup>23</sup> Op. cit., pág. 453, la cursiva en el original.

<sup>24</sup> Cfr., *Curso de Derecho penal*, Parte general, op. cit., pág. 270.

intentando salvar los vacíos con que el Código penal reguló la cuestión hasta la reforma penal del año 1975 – poco a poco se iría configurando y asentando, expresa o tácitamente, el criterio diferenciador.

Antes de dicha modificación el asunto fue objeto de temprana discusión, ello producto de la insuficiencia con que el denominado estado de necesidad “jurídico-penal” del antiguo § 54 del Código penal alemán reguló el asunto, básicamente con sus presupuestos excesivamente estrechos, que llevaron a extender el estado de necesidad por sobre lo preceptuado, dando pie al intento de transferir a esta disposición tareas para las cuales no estaba destinada, reconociendo en ella una figura jurídica ajena a su esencia. Dicho artículo inicialmente fue considerado por la doctrina como causa de justificación, y luego como un asunto de culpabilidad, mientras los restantes casos de estado de necesidad legalmente regulados fuera del Código penal se siguieron considerando como causas de justificación, avanzándose correctamente hacia la teoría de la diferenciación, sin perjuicio de persistir de todos modos opiniones disidentes<sup>25</sup>.

El fondo de la discusión encontraba su origen en que en concreto no se encontraba regulado el estado de necesidad justificante, y solo por la vía jurisprudencial, y a partir de una sentencia de 1927 del Tribunal del Reich –que luego de considerar en profundidad las valoraciones de los bienes jurídicos efectuadas en el Código penal– reconoce, en efecto, en un caso en que era de temer el suicidio de la mujer por razón del embarazo sobrevenido, que la licitud jurídica de la interrupción del embarazo como medio de salvar a la mujer estaba de acuerdo con el Derecho vigente, tomando como base el principio general de la valuación de los bienes jurídicos, configurándose así una especial causa de exclusión del injusto<sup>26</sup>. Se creaba una cláusula general del estado de necesidad justificante supralegal que iba mucho más allá del Derecho escrito, y que descansaba sobre el principio de ponderación de bienes y obligaciones, reconocido así como un principio general del derecho consuetudinario, aplicable a las colisiones conmensurables de todos los bienes<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr., MAURACH y ZIPF, op. cit., pág. 465.

<sup>26</sup> Cfr., MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 2ª ed. alemana y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, t.I, págs. 392-393.

<sup>27</sup> Cfr., MAURACH y ZIPF, op. cit., págs. 467-468.

El asunto se encuentra hoy zanjado mediante una solución legislativa.<sup>28</sup> Junto a los casos regulados fuera del Código penal, el § 34 incluye expresamente el hasta ahora estado de necesidad supralegal como causa de justificación, mientras el § 35 excluye la culpabilidad, en sentido amplio, en los casos del denominado estado de necesidad jurídico-penal<sup>29</sup>.

La doctrina alemana se encuentra conteste en considerar este esquema bipartito, evidentemente fiel a la teoría diferenciadora, y su labor actual parece concentrada en el análisis de ambas disposiciones y sus particulares y nuevos potenciales alcances.

Quizás esta nueva actitud, que contrasta con la del pasado y con la de la doctrina española, por una parte se deba a una regulación más ponderada del estado de necesidad, lo que desmotiva el debate en los términos de España, donde se intenta moderar los alcances de la eximente por la latitud de su regulación; y por otra, más franca, al asumir sin obstáculos una regulación diferenciada de ambos estados de necesidad, con requisitos diferentes para cada uno, que dan cuenta y responden más claramente a la naturaleza y fundamento que les es propia.

## 2. Delimitación del estado de necesidad respecto de otras eximentes de responsabilidad penal.

La doctrina no siempre ha logrado diferenciar claramente el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal del resto de las causas de exclusión de responsabilidad penal, siendo habituales las confusiones que se producen con la legítima defensa, puesto

---

<sup>28</sup> La regulación actual del estado de necesidad en el Código penal alemán es la siguiente: “§ 34. Estado de necesidad justificante. Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro. § 35. 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 error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1”.

<sup>29</sup> Cfr., MAURACH y ZIPF, op. cit. pág. 466.

que comparten algunos supuestos; y con el miedo insuperable, puesto que en aquellas legislaciones en que no existe regulación del estado de necesidad exculpante como eximente de responsabilidad penal, o lo regulan de modo estrecho en su modalidad justificante, es habitual que la doctrina y la jurisprudencia recurran a la figura del miedo insuperable para lograr la exención de responsabilidad penal en estos casos no cubiertos.

## 2.1. Estado de necesidad y miedo insuperable.

Respecto del miedo insuperable las confusiones abundan. En medios como el español, en que se regula ampliamente el estado de necesidad exculpante, hay algunos que entienden que es “un caso particular del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho”,<sup>30</sup> y que al encontrarse también regulado el miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal “el legislador ha creado un supuesto restringido de estado de necesidad, pues le agrega la condición de que el autor haya sido impulsado por el miedo. En consecuencia, en los casos en que sólo concurra la relación entre el mal causado y el que se evita será siempre aplicable el art. 20,5º y sólo cuando además concurra el efecto subjetivo del miedo será aplicable el art. 20,6º. La significación práctica del miedo y, naturalmente, de esta eximente queda, por lo tanto, totalmente anulada: habiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de ellos”<sup>31</sup>. Esta es la tesis que CUERDA ARNAU denomina como la tesis de la eximente superflua, donde el miedo insuperable tendría tal calidad<sup>32</sup>.

Ya JIMENEZ DE ASUA<sup>33</sup> caracterizaba al miedo insuperable como la más antigua de las emociones, y parafraseando a Emilio Mira López, le llamaba ese “gigante negro” del alma, junto con seguir su ya clásica graduación del miedo según la intensidad que éste presentara, distinguiendo que en los casos más intensos puede excluir incluso el acto, y en casos más intermedios ser causa de inimputabilidad antes que de inculpabilidad, siendo esto

<sup>30</sup> BACIGALUPO, op. cit., pág. 290.

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> Cfr., *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997, pág. 161 y ss.

<sup>33</sup> Cfr., op. cit., t. VI., pág. 893, 896 y ss.

último lo más habitual. En este punto se hace evidente que el autor destaca en el miedo el hecho de tratarse de un problema básicamente subjetivo, asunto que lo sitúa a distancia del estado de necesidad, que incluso en su versión exculpante podríamos denominar la causa de inculpabilidad más objetiva del entero catálogo de las causas de exculpación.

Tomando esta postura y otras nuevas, veremos que existen en la actualidad diferentes teorías que intentan distinguir entre ambas instituciones, preservando así la utilidad de la conservación del miedo insuperable como eximente de responsabilidad penal.

Siguiendo a CUERDA ARNAU<sup>34</sup>, podemos encontrarnos con múltiples tesis que permiten la delimitación entre ambas eximentes. De ellas, la más destacable es la que se centra en la situación motivacional como elemento diferenciador, que entiende que el estado de necesidad es compatible con la más perfecta serenidad de ánimo, mientras que el miedo insuperable encuentra su raíz en un estado emotivo, el miedo, en el cual no es posible reflexión. Se ha dicho de esta tesis que soslaya aspectos normativos centrándose en los efectos psicológicos de la amenaza<sup>35</sup> y que maneja un concepto tan restrictivo de miedo que lo acerca confusamente a las causas de inimputabilidad<sup>36</sup>.

Junto a esta postura nos encontramos con la que sostiene la misma CUERDA ARNAU quien señala que lo que diferencia a ambas eximentes es el carácter del conflicto ante el que se enfrenta la persona: cuando éste sea objetivo o inevitable se aplicará el estado de necesidad; por el contrario, cuando el conflicto no sea objetivo (supuestos de mal irreal) o inevitable (casos de mal proveniente de la amenaza de un tercero y no de un suceso natural), debe aplicarse el miedo insuperable. BUSTOS<sup>37</sup> ha dicho que esta última tesis no está exenta de dificultades, ya que, por ejemplo, margina del estado de necesidad (y con ello de la posible justificación de la conducta) los supuestos de amenaza de un tercero, y que lo acertado es considerar el miedo insuperable como una eximente supletoria necesaria que puede llegar a cubrir una serie de lagunas en las eximentes en aquellos casos en que éstas resulten insuficientes, pero en los que, sin embargo, aun así se vean razones suficientes para eximir de pena, como aquellos en que el mal causado quepa considerarlo

---

<sup>34</sup> Cfr., op. cit., pág. 163 y ss.

<sup>35</sup> Cfr., BUSTOS y HORMAZABAL, op. cit., pág. 490.

<sup>36</sup> Cfr., CUERDA ARNAU, op. cit., pág. 164.

<sup>37</sup> Cfr., op. cit., pág. 490-491.

mayor que el evitado, o en que no pueda aplicarse el estado de necesidad en el caso concreto, porque existían otras medidas alternativas para evitar el mal.

Como hemos revisado, las opciones para decantarse por dotar de contenido específico y diferenciado al miedo insuperable son convincentes; sea si concretamos su especificidad como efecto psicológico puro o dotado de ribetes normativos, debemos concluir que ambas eximentes no son identificables, e incluso el hecho que alguna doctrina le reconozca un carácter residual no implicaría negar su autonomía.

## 2.2. Estado de necesidad y legítima defensa.

Respecto de la legítima defensa también es necesario detenernos para hacer la distinción, puesto que en ambas eximentes existiría una situación de peligro que sólo puede conjurarse mediante un hecho típico, pero la diferencia estaría dada, según MIR<sup>38</sup>, en que en la legítima defensa se permite reaccionar frente a una persona que agrede antijurídicamente; y en el estado de necesidad, en cambio, se permite lesionar intereses de una persona que no realiza ninguna agresión ilegítima, o como señala más detalladamente LUZON, en el estado de necesidad “a diferencia de la legítima defensa, no sólo los intereses que hay que salvar sino también aquellos que para ello hay que perturbar son en principio igualmente dignos de protección jurídica, pues el peligro no procede de una agresión ilegítima, o si procede de ella, no se evita, no se resuelve el conflicto a costa del agresor ilegítimo, sino de bienes o intereses de terceros; lo cual explica, entre otras, las restricciones de proporcionalidad y subsidiariedad que se imponen a la acción salvadora”<sup>39</sup>.

Junto con SAINZ podemos resumir lo siguiente: “la legítima defensa es reacción mientras que el estado de necesidad es acción; la legítima defensa es contraataque, y el estado de necesidad ataque; en el estado de necesidad se presenta el conflicto entre intereses legítimos, ambos protegidos por el Derecho, en la legítima defensa del conflicto lo es de interés legítimo e interés ilegítimo”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr., op. cit., pág. 445.

<sup>39</sup> LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal*, Parte general, Madrid, Ed. Universitas, S.A., 1ª ed., 3ª reimpresión, octubre 2004, pág. 620.

<sup>40</sup> SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, Ley penal. El delito (Acción, tipicidad, antijuricidad), (publicados 2 vols.), Barcelona, Ed. Bosch, 2ª ed. corregida, t.II, 1985, pág. 354.

3. Consecuencias de la aplicación del estado de necesidad como justificante y como exculpante.

Hasta ahora hemos centrado el debate en discutir respecto de si el estado de necesidad tiene un fundamento único o bipartito, decantándonos definitivamente por la última de las opciones, puesto que, como señalábamos, nos parecía manifiesto que las dos formas básicas de presentarse del estado de necesidad como eximente de la responsabilidad penal, a saber, conflicto entre bienes o intereses de igual entidad o de diversa entidad, no responden a un fundamento único; lo que correspondería frente a un conflicto de bienes de igual entidad sería eximir de responsabilidad penal por concurrencia de una causa de exculpación, puesto que el fundamento de dicha eximente estaría dado por una situación en que otra conducta se vuelve inexigible al sujeto; en cambio, lo que correspondería ante un conflicto de bienes de diferente entidad valorativa sería eximir de responsabilidad penal por concurrencia de una causa de justificación, y ello porque el fundamento de dicha eximente provendría ya sea de la idea de ponderación de bienes o del principio del interés preponderante.

El asunto deja de ser una simple divagación cuando contrastamos que los efectos que acarrea el estimar que en un caso concurre una causa de justificación no son los mismos que los que se producen si se logra acreditar la concurrencia de una causa que exime de culpabilidad, es decir, cuando constatamos que justificación y exculpación gozan de un estatuto distinto, el cual precisamente se colige del fundamento que da origen a una u otra eximente de la responsabilidad penal.

Nos referimos a las consecuencias que ello acarrea respecto de la potencial responsabilidad civil que puede surgir del hecho, posibilidad de oponerse a la acción amparado por la legítima defensa y respecto de la eventualidad de extender o no la eximente a todos los partícipes en el hecho.

El análisis y contraste de las consecuencias de acreditar la concurrencia de una u otra eximente ha sido largamente desarrollada por la doctrina, siguiendo a RIVACOBÁ podemos analizar las siguientes<sup>41</sup>:

---

<sup>41</sup> Cfr., op. cit., págs. 51-53.

### 3.1. Participación criminal.

En un acto justificado se encuentran exentos de toda responsabilidad cuantos a cualquier título concurren a su producción, es decir, no sólo sus autores, sino igualmente los partícipes (instigadores y cómplices), puesto que justamente allí falta el acto antijurídico, y en la ejecución de un acto antijurídico puede contribuir una persona cuyo obrar reúna todos los requisitos para que surja la responsabilidad criminal y otra en cuyo obrar falte alguno, y en tal caso la primera sí podrá ser penada y la segunda no.

### 3.2. Responsabilidad civil derivada del hecho.

De un acto justificado no puede surgir responsabilidad jurídica alguna, no sólo criminal, sino de cualquier índole, pero por su parte, ante un acto antijurídico debe afirmarse que justamente, por ser antijurídico, no tiene porqué excluirse una sanción civil, o de otra naturaleza.

Las causas de justificación excluyen no sólo la responsabilidad penal sino también la civil derivada del delito, mientras que las causas de inculpabilidad dejan intacta la posibilidad de una responsabilidad civil.<sup>42</sup>

### 3.3 Procedencia de la legítima defensa.

Contra un acto justificado no se puede ejercer la legítima defensa, justamente por encontrarse ajustado a derecho, en cambio frente a un acto antijurídico no se podrá negar la legítima defensa.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Cfr., CEREZO MIR, "La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española", *Justificación y exculpación en Derecho penal*, op. cit., pág. 30.

<sup>43</sup> Con salvedades RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ, op. cit., pág. 579, frente a la rigurosidad del planteamiento en caso de conflicto entre bienes desiguales, en hipótesis tales como el trasplante de órganos, donde la contradicción se produce entre bienes jurídicos básicos, la lesión corporal v/s vida, parecería que el necesitado no podría quedar cubierto por una causa de justificación, reputando su acción ajustada a derecho, denegando la legítima defensa al paciente.

## Capítulo II

### El estado de necesidad en el Código penal chileno

#### 1. Regulación y revisión dogmática previas a la reforma de la Ley número 20.480.

El Código penal chileno reguló hasta diciembre de 2010 muy escuetamente el estado de necesidad.

La disposición esencial era la contenida en el artículo 10 N° 7 que aún prescribe que se encuentra exento de responsabilidad criminal: *“el que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. 2ª Que sea mayor que el causado para evitarlo. 3ª Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”*<sup>44</sup>.

La doctrina nacional se encontraba conteste respecto de esta norma en el sentido que se trataba de una causa de justificación, no existiendo mucho debate al respecto, e incluso se hacía cargo del hecho que nuestro ordenamiento jurídico no contemplara una eximente de responsabilidad penal que exculpara al sujeto en el caso de encontrarse en una situación de necesidad de las que permiten excluir la culpabilidad, es decir, casos en que pudiera existir equivalencia entre los bienes jurídicos enfrentados. A sí mismo, ya sea de modo expreso o tácito, prácticamente todos los autores nacionales están de acuerdo con la teoría de la diferenciación<sup>45</sup>, desarrollada precedentemente –adhiriendo de modo manifiesto o

---

<sup>44</sup> Sin embargo, esta no es la única disposición que alude al estado de necesidad. También nos encontramos con lo prescrito en el artículo 145 del Código penal que señala que: “La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia”. De todos modos, el precepto no representa mayor relevancia para el presente estudio, la doctrina sólo se refiere a él para señalar cuál es su especificidad respecto de la disposición más general. El artículo anterior aludido es el 144 que sanciona al que entra en morada ajena contra la voluntad de su morador. Además se consideran casos de aplicación del estado de necesidad lo dispuesto en el Código penal en los artículos 313 b) y 420.

<sup>45</sup> Cfr. CURY, *Derecho penal*, Parte general, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª ed. sept. 2005, pág. 369 y ss.; ETCHEBERRY, *Derecho penal*, Parte general, 4 vols., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed., t. I, 1997, pág. 261 y ss.; GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, Parte general, Nociones fundamentales de la teoría del delito, (4 vols.), Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 4ª ed., t. II, 2005, pág. 180 y ss.; NAQUIRA, *Derecho penal*, Teoría del delito, Santiago, Ed. McGraw-Hill, 1998, pág. 255 y ss.; NOVOA, *Curso de*

simplemente partiendo de la base de dicha diferenciación al distinguir entre estado de necesidad exculpante y justificante según la equivalencia o no entre los bienes jurídicos enfrentados— y asumen que los casos no contemplados en la citada disposición deben entenderse considerados como situaciones de exculpación, cuya fundamentación está dada por la inexigibilidad de otra conducta, ya sea abarcados por la figura del miedo insuperable o de la fuerza irresistible, sin hacer grandes distinciones, no reparando en que se trata de dos las hipótesis excluidas de dicha norma; a saber, casos de conflicto entre bienes de diferente entidad valorativa en que el bien lesionado no es la propiedad ajena, y casos en que los bienes enfrentados gozan de igual entidad valorativa.

De este modo nos encontramos con autores como CURY y GARRIDO<sup>46</sup>, para quienes las situaciones de necesidad que excedían lo preceptuado en el artículo 10 N°7, debían entenderse amparadas bajo la figura de la eximente de responsabilidad penal denominada “fuerza moral irresistible” contemplada en el artículo 10 N°9<sup>47</sup>, puesto que allí se exculpa a quien realiza un acto típico y antijurídico por no ser exigible en dichas circunstancias un comportamiento conforme a derecho.

Para otros, como ETCHEBERRY, POLITOFF, y POLITOFF, MATUS y RAMIREZ<sup>48</sup>, las disposiciones que estaban llamadas a albergar las situaciones ya descritas eran dos; por una parte —y tal como lo consideraron los autores mencionados en el párrafo precedente— la fuerza irresistible del artículo 10 N°9; pero por otra, también permitía cobijar estos casos el llamado “miedo insuperable” contemplado en la misma disposición ya citada, basándose en que atendidas las circunstancias anormales que rodean el hecho, probablemente cualquier sujeto habría obrado de modo similar, excluyendo sólo a aquellas

---

*Derecho penal chileno*, 2 vols., Santiago, Ed. Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 2ª ed., t. I, 1985, pág. 400 y ss.; POLITOFF, *Derecho penal*, Santiago, Ed. Jurídica Conosur, t. I (único publicado), 1997, pág. 381 y ss.; POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte general, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2ª ed., 2004, pág. 228 y ss., 344 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. CURY, op. cit., pág. 456; GARRIDO, op. cit., pág. 240.

<sup>47</sup> El artículo 10 N°9 del Código penal prescribe que se encuentra exento de responsabilidad criminal: “*El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable*”.

<sup>48</sup> Cfr. ETCHEBERRY, op. cit., pág. 265, para quien debe considerarse que en estos casos debe concurrir la causal de inculpabilidad del miedo insuperable u “otra de las que se fundamentan en el principio de la no exigibilidad de otra conducta”; POLITOFF, op. cit., pág. 382; POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op. cit., pág. 231, 344-345.

personas de excepción por su presencia de ánimo, especial adiestramiento o concepción moral que sí podrían haber procedido de otro modo.

Es necesario aclarar que ya sea que la solución se encontrara sólo en la fuerza irresistible, o también en el miedo insuperable, de todos modos en ambos grupos de autores subyace la idea que permite considerar bajo la figura de la “fuerza irresistible” del artículo 10 N° 9 del Código penal no únicamente la fuerza física o material a la que se puede ver sometido el sujeto, sino también —o exclusivamente para algunos<sup>49</sup>—, la llamada *vis moral*<sup>50</sup>, es decir, aquel estímulo de origen externo o interno, de gravedad e intensidad tal, que produce en el sujeto una alteración psíquica que conduce a una profunda alteración de su capacidad de autodeterminación. Sin este sentido amplio de la fuerza irresistible habría resultado imposible albergar los casos de estado de necesidad no considerados por el artículo 10 N°7 del Código penal.

Como podemos observar, el asunto carecía de mayor relevancia para la doctrina nacional, la respuesta unánime consideraba que la disposición del artículo 10 N° 7 del Código penal contemplaba una causa de justificación, y que los casos no contemplados allí debían estimarse como situaciones de exculpación, cuya base está dada por la inexigibilidad de otra conducta, ya sea abarcados por la figura del miedo insuperable o fuerza irresistible, sin hacer grandes distinciones, y no reparando, como ya habíamos sugerido, en que las hipótesis excluidas de dicho precepto eran dos, y de diferente naturaleza, a saber, casos de conflicto entre bienes de diversa entidad valorativa en que el bien lesionado no era la propiedad ajena, y casos en que los bienes confrontados tenían igual entidad valorativa.

Quizás uno de los comentarios más novedosos es el que hace POLITOFF<sup>51</sup>, quien adelantándose visionariamente a la modificación introducida en diciembre de 2010, estima que la incorporación de una figura como el estado de necesidad exculpante en el ordenamiento jurídico nacional adolecería de cierta inutilidad. Dicho comentario se basa en la amplitud con que estima regulada la fuerza irresistible en el artículo 10 N° 9, tal y como lo señalamos precedentemente, conteniendo también las hipótesis de *vis moral*.

---

<sup>49</sup> Cfr. CURY, op. cit., pág. 456.

<sup>50</sup> En detalle cfr. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op. cit., págs. 340 y ss.

<sup>51</sup> Cfr. POLITOFF, op. cit. págs. 635 y ss. y POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op. cit., pág. 344 y ss.

La regulación nacional, heredera del modelo francés de 1810, contrastaría con la legislación de aquellos países que no incluyeron en sus Códigos el concepto de fuerza irresistible, sino el de estado de necesidad exculpante, como Alemania y Austria; o que, como en Italia y España, crearon una causa de estado de necesidad que eventualmente pudiera abarcar casos de justificación y de exculpación. En ambos casos, en lugar de la amplia figura de la fuerza irresistible, se detallan los requisitos para que opere la exención de responsabilidad, lo que a juicio de POLITOFF<sup>52</sup> constituiría un traspié, el exceso de detalle dejaría fuera de la exculpación muchos casos posibles de inexigibilidad, conduciendo a la doctrina a plantearse frente a una eventual aplicación analógica de las eximentes de responsabilidad penal o frente a la posibilidad de considerar la necesidad de una causa supralegal de exculpación. La escueta fórmula de la fuerza irresistible y su evidente amplitud impediría aquellas divagaciones solucionando el conflicto de modo simple, albergando bajo ella todos los casos de inexigibilidad que no pudieren ser abarcados por el miedo insuperable.

2. Historia de la ley N° 20.480 que 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 las normas sobre parricidio, de 18 de diciembre de 2010<sup>53</sup>.

El escenario antes descrito era el que se enfrentaría con la reforma introducida por la ley 20.480, que mediante su artículo 1° N°1 incorporó el nuevo número 11 del artículo 10 al Código penal que dispone los siguiente: *“Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal: N°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*

---

<sup>52</sup> Cfr. POLITOFF, op. cit., págs. 633 y ss.

<sup>53</sup> Los comentarios que siguen hacen referencia a la información obtenida desde la Biblioteca del Congreso Nacional, en “Historia de la ley N° 20.480 que 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 las normas sobre Parricidio”. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

*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".*

El camino para llegar a la presente redacción fue largo e inesperado, largo porque la discusión de la llamada ley del “femicidio”, que la contiene, lo fue; e inesperado, ya que las mociones parlamentarias<sup>54</sup> que le dieron origen nada adelantaban respecto de la posible inclusión del estado de necesidad exculpante – de modo general y no sólo aplicable a casos de violencia intrafamiliar– en la legislación chilena.

Ambas mociones apuntaban en un mismo sentido, poner de relieve la situación de la mujer víctima de violencia intrafamiliar; sin embargo la segunda abriría la discusión al ampliar el debate abordando también la situación de la mujer que, siendo víctima de hechos de violencia intrafamiliar de larga data, reaccionaba a éstos cometiendo algún delito en contra del que ejercía dicha violencia, planteando la necesidad de incorporar una atenuante o eximente de responsabilidad penal que lograra ampararla en estas circunstancias, que en concreto, para esta última moción, se traducía en eliminar la alusión al miedo insuperable contemplada en el artículo 10 N° 9 considerando allí el obrar violentado por una fuerza irresistible *bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente*, aislando el miedo insuperable en el numeral 10 del artículo 10, y desplazando el número 10 al número 11 del Código penal<sup>55</sup>.

Posteriormente, la Cámara de Diputados optó por una nueva redacción, que consistía en agregar bajo el N°9 del artículo 10 una nueva hipótesis, de modo que allí se considerara exento de responsabilidad criminal al que obrara violentado por fuerza irresistible, impulsado por un miedo insuperable o *bajo la amenaza de un mal grave e inminente*. Se deja constancia en el debate parlamentario que con ello se actualizaban las

---

<sup>54</sup> Nos referimos a las mociones parlamentarias contenidas en los Boletines 4937-18 de los Diputados Encina y otros, de 3 de abril de 2007; y 5308-18, moción refundida, de los Diputados Burgos y otros, de 5 de septiembre de 2007, ambas disponibles en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>55</sup> Cfr., *ibíd.*, pág. 25.

disposiciones del Código, consagrando lo que la doctrina conoce como estado de necesidad exculpante<sup>56</sup>.

No se presentó debate alguno respecto de la redacción propuesta por la Cámara sino hasta durante el segundo trámite constitucional, precisamente en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en que dicha Comisión, por unanimidad, concordó la supresión de la modificación propuesta, básicamente poniendo atención a lo expuesto por el profesor Juan Domingo Acosta quien indicó que “la idea tras la actual redacción del artículo 10, N° 9, del Código Penal, es concebir un factor externo que actúa sobre la voluntad del sujeto, como la fuerza o el miedo, 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. Tales supuestos de gravedad, indicó, no se manifiestan en la modificación aprobada en general, que no requiere que la amenaza de un mal grave o inminente influya de tal forma en la voluntad del sujeto como para tornar inexigible otra conducta de su parte”<sup>57</sup>, es decir, no tendría la entidad suficiente para exculpar de responsabilidad al sujeto de la misma forma que cuando obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.

Además, se señaló como argumento para la supresión, que la modificación generaría un problema interpretativo respecto de las causales de atenuación de responsabilidad criminal contenidas en el artículo 11 del Código Penal, particularmente la tercera de ellas, que considera como tal el haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito, lo que determinaría la coexistencia de la amenaza como eximente y como atenuante, sin elementos diferenciadores.

La Cámara de origen acusó recibo de la supresión, pero no la aceptó, se consideró como un retroceso<sup>58</sup>, y el asunto debió debatirse en Comisión Mixta, momento donde no sólo fue invitado el profesor Acosta, sino también el profesor Enrique Cury<sup>59</sup>. Este último señaló que se encontraba de acuerdo con la posición del Senado, en el sentido que la disposición, tal y como la proponía la Cámara, era insuficiente, puesto que no alcanzaba a cubrir la situación de no exigibilidad de otra conducta por parte de las mujeres maltratadas

---

<sup>56</sup> Cfr., *ibíd.*, pág. 189.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, pág. 340.

<sup>58</sup> Cfr., *ibíd.*, pág. 430.

<sup>59</sup> Cfr., *ibíd.*, págs. 448 y ss.

que, posteriormente, son victimarias, y que la propuesta debía basarse fundamentalmente en lo que en la actualidad se dispone en países como Alemania e Italia, indicando que entendía que el propósito que tuvo en vista la Cámara de Diputados era el “de ampliar el concepto de estado de necesidad exculpante (sic), que establece, con muchas limitaciones, la causal séptima del artículo 10 del Código Penal”<sup>60</sup>, pero que estimaba deficientemente plasmado en el texto que dicha Cámara aprobó, proponiendo en su lugar una disposición prácticamente igual a la que se aprobó en definitiva, a la que solamente se le intercaló una circunstancia –la actual tercera–, pues se consideró necesario hacer referencia a la gravedad del mal que se evita, en relación al daño que se ocasiona<sup>61</sup>.

Resulta sorprendente que sólo en los últimos momentos del trámite legislativo se hiciera ver lo inconveniente de reformar ni más ni menos que el sistema de eximentes de responsabilidad penal con ocasión de una modificación tan particular como era la de la incorporación del llamado femicidio a nuestro Código penal<sup>62</sup>.

Esta postura no logró prosperar, quedando aprobado de modo definitivo el actual artículo 10 N° 11 tal y como lo transcribimos al inicio de este párrafo.

El asunto ameritaba un debate muchísimo más acabado que aquel del que fue objeto, puesto que incluso se incurrió en imprecisiones tales como denominar estado de necesidad *exculpante* el regulado en el artículo 10 N°7 del Código penal, error que atraviesa no sólo un comentario, sino que está presente a lo largo de toda la escasa discusión a que dio lugar esta modificación sin que ninguno de los participantes reparara en ello.

También hubo omisiones injustificables, puesto que no se mencionó de modo alguno el esquema bipartito que se postula para el estado de necesidad, propio de la teoría diferenciadora, ampliamente difundido y aceptado por prácticamente todos los penalistas de nuestro país, que proporciona cierta lógica bastante clarificadora respecto del fundamento del estado de necesidad como exculpante y como justificante, y que podría haber aportado información relevante al debate.

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, pág. 449.

<sup>61</sup> *Cfr.*, *ibid.*, pág. 453.

<sup>62</sup> *Idem*, pág. 450.

El resultado es a todas luces insuficiente, carente de toda sistematicidad y, tal como adelantábamos, probablemente ni siquiera logre abarcar aquellas situaciones particulares para las cuales fue concebido, esto es, casos en que la mujer víctima de situaciones de violencia intrafamiliar se convierte en victimaria y debe enfrentar el reproche penal por el delito que ha cometido.

Cada vez que se intentó dar un giro técnico a la reforma que se estaba introduciendo no tardaron en aparecer argumentos –más emocionales que jurídicos– que llamaban a aprobar prontamente una modificación que a todas luces requería de un debate ilustrado, contaminándose la discusión con criterios de cálculo político inútiles para lograr cambios de calidad.

### Capítulo III

## Inconsistencias de la reforma introducida por la ley número 20.480 en materia de estado de necesidad.

#### 1. Planteamiento del problema.

El modo en que quedó regulada la disposición contenida en el artículo 10 N°11 del Código penal, y el hecho que la discusión parlamentaria soslayó por completo cualquier debate posible relativo a la entidad de los bienes en conflicto que cabían dentro de la nueva exigente, como cualquier otro asunto trascendente en un tema tan relevante como el estado de necesidad, generan graves dificultades interpretativas.

La primera cuestión esencial que dilucidar consiste en determinar si el nuevo estado de necesidad, incluido desde diciembre de 2010 en el Código penal, contempla hipótesis tanto de justificación como de exculpación, o sólo de esta última.

Aclarado ello, y cualquiera que sea la respuesta, será necesario determinar cuál es la relación que existe entre la nueva disposición y el estado de necesidad justificante ya contemplado por nuestro Código penal en el artículo 10 N°7.

En tercer lugar, y dependiendo de la respuesta a las interrogantes anteriores, tendremos que revisar qué ocurre con las hipótesis que hasta la reforma de 2010 quedaban fuera de la regulación del artículo 10 N°7, esto es, hipótesis de hecho en que el conflicto recae sobre bienes de diferente entidad valorativa, donde el bien lesionado es de menor valor que el que se salvaguarda, y no consiste en la propiedad ajena, por ejemplo, la integridad física; y aquellos en que los bienes en juego fueren de igual entidad valorativa. Ambos casos habían sido hasta este momento reconducidos por la doctrina nacional como hipótesis de exención de responsabilidad penal igualmente, en sede de exculpación, mediante la figura del miedo insuperable o de la fuerza irresistible. El análisis se centrará en estudiar si estas hipótesis podrán ser absorbidas por la nueva norma, determinando si ello es o no correcto.

2. La reforma de la Ley número 20.480 de 18 de diciembre de 2010, ¿introdujo al Código penal sólo el estado de necesidad exculpante?

Las características que reviste la nueva disposición vuelven legítimo hacernos la pregunta con que abrimos el presente párrafo. Tal y como desarrollaremos el análisis, veremos que la nueva norma posee características ambiguas, propias tanto del estado de necesidad como justificación, como del estado de necesidad en su versión exculpante.

Siguiendo la estructura de la disposición, lo primero que salta a la vista es la latitud con que se regula quiénes serán los titulares de los derechos que se busca salvaguardar. El artículo 10 N° 11 dispone que se encuentra exento de responsabilidad criminal el que obra para evitar un mal grave para su *persona* o derecho o los de un *tercero*, a lo que nosotros podríamos agregar entonces, los de cualquier tercero, dejando de manifiesto lo que la regulación sugiere, esto es, que no se requiere ningún vínculo particular entre el sujeto que ejecuta una acción en protección de un derecho, y el titular de él.

Esta forma amplia de regular este tópico es más propia de la regulación del estado de necesidad como justificante que como exculpante. La doctrina española ya había planteado sus reparos respecto de la disposición contenida en el Código penal español, muy similar a la nuestra en este aspecto, dando con ello pie a la interpretación que entiende que bajo el artículo 20.5 del citado cuerpo legal sólo cabría entender justificada una conducta, mas no exculpada<sup>63</sup>, señalándose que no resultaría aceptable que tratándose de una causa de exculpación se pueda abarcar el auxilio necesario de terceros sin exigir que el salvador sea un pariente o persona próxima que pueda compartir la situación de conflicto psicológico del necesitado, es decir, no se requeriría el conflicto motivacional propio de la exculpante. Bajo ese prisma, coherente con el esquema diferenciador resulta entonces la distinción que se hace en Alemania<sup>64</sup>, donde se restringe dicha titularidad en el caso de estado de necesidad exculpante al sujeto mismo que ejecuta el acto antijurídico, alguno de sus parientes o personas allegadas, pero no cualquier tercero, como sí se admite en el caso de estado de necesidad justificante.

<sup>63</sup> Cfr. MIR PUIG, op. cit., pág. 452.

<sup>64</sup> Nos referimos a los artículos 34 y 35 del Código penal alemán, transcritos precedentemente.

En segundo lugar, y en la misma línea del comentario anterior, la disposición del artículo 10 N°11 admite que se salvaguarde cualquier tipo de bien jurídico, no restringiendo la tutela a bienes de alta jerarquía, o por lo menos a bienes personalísimos como expone MIR<sup>65</sup> o bienes de carácter individual, especialmente cercanos al autor, como señala STRATENWERTH<sup>66</sup>. Nuestra disposición no explicita ni restringe la tutela a un determinado grupo de bienes de mayor relevancia dentro del espectro tutelado por el sistema penal, como pudiese ser la vida o la integridad física, le basta con que se trate de cualquier derecho.

Incluso, en comparación con la disposición española, la nuestra resulta aun más amplia cuando revisamos la circunstancia tercera que se refiere al conflicto que se produce, en este caso entre males<sup>67</sup>, disponiendo que el mal causado no debe ser *sustancialmente superior* al que se evita, es decir, caben todo tipo de conflictos, aquél en que el mal causado es *inferior* al que se evita –causa de justificación–, aquél en que el mal es *igual* al que se evita –causa de exculpación–, e incluso aquél en que el mal ocasionado es *superior* al que se evita, con el sólo requisito en este último caso que dicha diferencia no sea sustancial. Esta última hipótesis es uno de los elementos que aleja nuestra regulación de la española, puesto que bajo el amparo del Código penal español se requiere que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, es decir, sólo quedarían cubiertos los dos primeros casos ya reseñados. Pero como vemos, al igual que en el sistema español, la norma en comento permitiría regular ambos casos de estado de necesidad marcando nuevamente la pauta en el sentido que este nuevo numeral abarcaría ambas hipótesis, justificación y exculpación.

Los tres aspectos ya relatados inducen a considerar que lo que hay tras el artículo 10 N°11 es un estado de necesidad en sentido amplio, esto es, que se encontrarían contemplados allí tanto el estado de necesidad exculpante como el justificante, al estilo del artículo 20.5 del Código penal español.

Sin embargo, dicha aseveración se ve necesariamente matizada por lo dispuesto en la circunstancia cuarta del artículo 10 N°11 que señala que el sacrificio del bien amenazado

---

<sup>65</sup> Cfr. ídem.

<sup>66</sup> Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pág. 266.

<sup>67</sup> Referencia detallada al significado de la ponderación de males v/s la de bienes en CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal*, Parte general, op. cit., pág. 253 y ss., y en MIR PUIG, op. cit., pág. 463.

por el mal no debe poder 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, haciendo con ello una clara alusión a la inexigibilidad de otra conducta.

Debemos afirmar entonces que este último requerimiento no puede menos que llevarnos a concluir que, pese a que a primera vista la nueva norma consagrará conjuntamente una causa de inculpabilidad y una causa de justificación, en realidad se trataría solamente de una causa de exculpación.

El fundamento para llegar a la conclusión precedente consiste en lo siguiente. Hasta la circunstancia tercera, la extensión de la regulación parece apuntar a que se trata de ambos tipos de estado de necesidad por la amplitud con que se regulan sus requerimientos –titular del bien jurídico tutelado, tipo de bien jurídico objeto de protección y entidad de los bienes o males en conflicto–, sin que se presente ninguna restricción. Dicha amplitud permitiría considerar incluida allí la justificación, sede donde no son habituales estas limitaciones, sin embargo, la presencia de la circunstancia cuarta y su clara alusión a la inexigibilidad de otra conducta, constituye la esencia y fundamento del estado de necesidad exculpante, excluyendo con ello cualquier posibilidad de considerar justificadas las conductas que podamos lograr estimar que abarque<sup>68</sup>.

De esta forma, el hecho que el legislador haya decidido regular con la mencionada amplitud el estado de necesidad exculpante está dentro de sus facultades desde el punto de vista político-criminal, lo extenso o restringido de la regulación de la titularidad del bien jurídico tutelado y del tipo de bienes jurídicos que sean objeto de protección no son esenciales al estado de necesidad exculpante, como lo es el que su fundamento no nace desde la colisión de bienes sino que desde la inexigibilidad de otra conducta.

Incluso es posible encontrar en la doctrina reclamos por lo estrecha que se vuelve a veces la regulación del estado de necesidad exculpante en sistemas como el alemán donde se restringe el campo de bienes susceptibles de originar estado de necesidad –quedando fuera situaciones como el peligro de la pérdida de todas las posesiones de un sujeto por un

---

<sup>68</sup> No podemos dejar de hacernos cargo en este punto que la afirmación hecha respecto de la inexigibilidad de otra conducta como fundamento del estado de necesidad exculpante no carece de dificultades en su precisión, toda vez que, el mismo concepto de inexigibilidad de otra conducta como elemento integrador de la culpabilidad parece encontrarse en crisis. Un análisis de la situación lo encontramos en BUSTOS y HORMAZABAL, op. cit., págs. 347 y ss. y en GARRIDO, op. cit., págs. 214 y ss.

incendio—, o no se autoriza su procedencia en los casos en que el peligro se refiera a bienes de alguien no vinculado al sujeto por alguno de los lazos señalados por la ley, considerándose que limitaciones como esas fueron expresamente queridas por el legislador buscando quizás impedir la ampliación descontrolada del campo de acción de la inexigibilidad, pero que, no obstante ello, es necesario buscar una interpretación sistemática que otorgue mayor flexibilidad<sup>69</sup>. Con esta referencia queremos dejar de manifiesto que la amplitud o estrechez con que se puede regular el estado de necesidad exculpante es una característica más que éste puede revestir, pero lo que lo dota de esencia es el efecto que se le atribuye, puesto que éste depende de su fundamento, que en este caso consiste en volver inexigible la conducta exculpando el hecho antijurídico.

Lo recién expuesto no obsta considerar que, desde el punto de vista de la doctrina, el efecto exculpante del estado de necesidad sí restringe en cierta medida su contenido o características, puesto que el conflicto que se produce debe ser de una entidad tal que permita considerar que el sujeto se encuentra en una situación de inexigibilidad de otra conducta por una grave alteración en sus procesos motivacionales.

Es en este momento que cabe detenernos en aquel concepto acuñado por HENKEL<sup>70</sup> que entiende a la inexigibilidad de otra conducta como principio jurídico regulativo, puesto que por aquí es por donde podríamos encontrar un flanco abierto en nuestra postura. Este autor postula que el principio de no exigibilidad tiene naturaleza reguladora, en oposición a la idea tradicional que lo concibe como normativo. De ello se colige que como principio regulativo regiría tanto para el legislador como para el juez, y no sólo en cuanto a la culpabilidad, sino también respecto de la tipicidad y de la antijuridicidad. Sería principio regulativo, y no normativo, porque no importaría una regla de cómo apreciar, sino que constituiría un criterio rector que permitiría al legislador y al juez determinar los marcos de referencia de las distintas instituciones. De este modo, esto podría suceder en relación a las distintas eximentes, al fijar los límites de la legítima

---

<sup>69</sup> Cfr. STRATENWERTH, *idem*; en el mismo sentido, y citando a Stratenwerth, en POLITOFF, *op. cit.*, pág. 638, y en POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, *op. cit.*, pág. 346, destacando la idea que es preferible una formulación lacónica, al estilo de nuestra “fuerza irresistible”, que lidiar con la estrechez que otorga el detalle en la regulación dejando fuera de la exculpación muchos casos posibles de inexigibilidad.

<sup>70</sup> Cfr. HENKEL, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio regulativo*, Traducción de José Luis Guzmán Dálbora, Estudio introductorio de Gonzalo D. Fernández y José Luis Guzmán Dálbora, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, Julio Cesar Faira (editor), 2005.

defensa, o del estado de necesidad, por ejemplo. Y aun más, esta corriente de pensamiento cree que el principio de la no exigibilidad sobrepasaría el campo del derecho penal y sería un instrumento útil para las diversas ramas del Derecho<sup>71</sup>.

En este orden de ideas, el afirmar que la disposición del artículo 10 N°11 excluye toda posibilidad de considerar allí un estado de necesidad en su versión justificante, puesto que el requisito cuarto de dicha norma contiene una clara alusión a la inexigibilidad de otra conducta, sería un claro contrasentido. Bajo el esquema de HENKEL ello no sería un obstáculo, puesto que la inexigibilidad, como principio jurídico regulativo, estaría presente prácticamente a lo largo de todos los elementos del delito y no sería un elemento exclusivo de la culpabilidad. MUÑOZ CONDE discurre sobre la base de la misma idea cuando plantea que el concepto de la no exigibilidad de otra conducta no es, privativo de la culpabilidad, sino un principio regulativo e informador de todo el ordenamiento jurídico, y que la forma particular de manifestarse en el estadio de la culpabilidad es obligarnos a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor, que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuricidad de su hacer realiza un hecho típico y antijurídico, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción penal<sup>72</sup>.

Sin embargo estamos en condiciones de refutar las ideas anteriores desde el punto de vista del artículo 10 N°11, es decir, en lo que dice relación con el estado de necesidad. Si bien es discutible que el campo de acción de la inexigibilidad de otra conducta exceda su sede tradicional, cual es, la culpabilidad, sin embargo, aún compartiendo dicho planteamiento podemos continuar arribando a la misma conclusión aseverada inicialmente, esto es, que el artículo 10 N°11 sólo contempla al estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad y ello por las razones que pasamos a expresar. Es insoslayable reconocer que existen dos casos diferentes de estado de necesidad según se trate de bienes de igual o de diversa entidad valorativa. Tratándose del sacrificio de un bien de menor valor para salvaguardar un bien de mayor valor estaremos contestes en que la conducta se vuelve

<sup>71</sup> Cfr. GARRIDO, op. cit., págs., 238 y 239

<sup>72</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN, *Derecho penal*, Parte general, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª ed. revisada y puesta al día, 2004, págs. 392 y ss. Continúa su planteamiento aseverando que el estado de necesidad por conflicto de bienes de igual valor sería una hipótesis de justificación con base en la inexigibilidad de otra conducta, valgan aquí las mismas críticas que ya hicimos a quienes plantean la naturaleza unitaria del estado de necesidad como causa de justificación en el primer capítulo.

lícita o justificada, amparada por el principio de ponderación de intereses. Sin embargo, tratándose de un conflicto entre bienes de igual naturaleza, parece que el amparo de esa conducta ya no se encuentra en el principio de ponderación de intereses sino en el de inexigibilidad de otra conducta. En este orden de ideas, el hecho que asumamos a la inexigibilidad de otra conducta como principio jurídico regulativo no obsta a que afirmemos que en el caso del estado de necesidad se presenta en sede de culpabilidad, y ello porque, como señalábamos, el estado de necesidad puede presentarse como conflicto entre bienes de diferente valor, excluyendo la antijuricidad con base en el principio de ponderación de intereses, o como conflicto entre bienes de igual valor, excluyendo la culpabilidad con base en el principio de inexigibilidad de otra conducta. Así, el hecho que el legislador haya incluido en la circunstancia cuarta la evidente alusión a la inexigibilidad de otra conducta, necesariamente nos conduce al estado de necesidad que excluye la culpabilidad, puesto que, aun cuando asumamos a la inexigibilidad como principio jurídico regulativo, presente también en la antijuricidad, cuando nos enfrentemos a un conflicto entre bienes de diversa entidad valorativa no podremos recurrir a la inexigibilidad de otra conducta para entender ésta justificada, sino que al principio de ponderación de intereses. Sin negar entonces que la inexigibilidad también puede estar presente en sede de justificación, lo que justifica la conducta en estos casos es que se vuelve lícito sacrificar un bien de menor entidad valorativa para salvar uno mayor, y no que una conducta diversa le sea inexigible al sujeto.

He aquí entonces la respuesta a la primera pregunta, concluimos que sólo se introdujo una exculpante a nuestro sistema penal por las razones antes expuestas.

Hemos resuelto en el mismo sentido que HERNANDEZ<sup>73</sup>, sin embargo él aporta otros motivos también plausibles, tales como que ello se desprende de las afirmaciones vertidas durante la tramitación legislativa o de la subsistencia del estado de necesidad regulado en el artículo 10 N°7, que sugiere que más que la simple ampliación de una causa de justificación preexistente se quiso establecer algo de naturaleza diferente. Señala que además, las circunstancias tercera y cuarta del artículo 10 N° 11 también apuntan en ese

---

<sup>73</sup> Cfr. HERNANDEZ, *Código penal comentado*, Parte general, Doctrina y jurisprudencia, Jaime Couso Salas y Héctor Hernández Basualto (directores), Ed. AbeledoPerrot, LegalPublishing Chile, Santiago, 2011, págs. (267-275) 269 y ss., y 274 y ss.

sentido, fundamentalmente la cuarta que remite manifiestamente a la idea de inexigibilidad, que en conjunto con la exigencia de subsidiariedad de la circunstancia segunda, estaría fuera de lugar si se tratara de una auténtica causa justificante, puesto que desde la teoría de la diferenciación sólo puede estar justificada la irrogación de un mal menor, habida consideración que en el caso chileno se suma como antecedente que la eximente no sólo procede ante igualdad de males, sino incluso cuando se ocasiona un mal mayor, aunque no sustancialmente superior.

3. ¿Cuál es la relación que existe entre la disposición del artículo 10 N°7 y la contenida en el artículo 10 N° 11?

Hemos aseverado que bajo el artículo 10 N°11 sólo se consagra una exculpante, pero también hemos reconocido la amplitud con que ella se reguló, lo que lleva a considerar varios puntos de contacto con la disposición contenida en el artículo 10 N°7, esto es, el llamado estado de necesidad justificante.

Al reconocer a ambos una naturaleza diferente – justificante uno y exculpante el otro– dejamos a salvo la posibilidad de que el estado de necesidad justificante hubiese resultado “absorbido” por la nueva disposición, sin embargo, como señala HERNANDEZ<sup>74</sup>, es evidente que la nueva eximente fue construida bajo el mismo esquema que la justificante del N°7, pero presenta importantes diferencias que la dotan de especificidad respecto de la disposición del N°11.

Es común a ambas eximentes la exigencia de tratarse de un mal actual o inminente y que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo, sin embargo, la exculpante requiere que el mal que se evita sea *grave*, requerimiento que es ajeno a la regulación de la justificante, y por su parte, para que opere la causa de justificación se necesita que el mal causado sea menor que el que se evita y que el bien dañado consista exclusivamente en la propiedad ajena, lo que restringe significativamente el campo de acción de la justificación.

---

<sup>74</sup> Cfr. op. cit., pág. 271

En conclusión, toda vez que se presente la hipótesis del 10 N°7, esto es, que el bien lesionado corresponda a la propiedad ajena, que además el mal que se ocasione sea de menor entidad que el que se intenta evitar, estando presentes además los requerimientos de la circunstancia primera y tercera de dicho artículo, la conducta deberá entenderse justificada.

4. ¿Qué ocurre con las hipótesis de estado de necesidad que hasta antes de la reforma de 2010 quedaban fuera de la regulación del artículo 10 N°7?

El hecho de abrazar la postura reseñada en los parágrafos anteriores nos genera una grave dificultad interpretativa que trataremos de explicar en las próximas líneas.

Hemos afirmado que la nueva eximente posee sólo efecto exculpante, y dentro de esa naturaleza podrá abarcar todas aquellas hipótesis en que los bienes en juego fueren de igual entidad valorativa –o incluso podrá lesionarse un bien superior siempre que la diferencia entre ambos no sea sustancial– y que habían sido hasta ahora reconducidas por la doctrina nacional como hipótesis de exención de responsabilidad penal, pero en sede de exculpación, mediante la figura del miedo insuperable o de la fuerza irresistible, solución que nos resulta del todo acertada puesto que respeta el efecto exculpante que deben tener los casos en que se presenta un conflicto entre bienes equiparables dado que su fundamento se encuentra en la inexigibilidad de otra conducta, y porque evita que se recurra artificiosamente a las figuras del miedo insuperable y la fuerza irresistible, tal y como lo venía haciendo la doctrina hasta antes de la entrada en vigencia de la ley 20.480.

Por su parte, hemos expresado que el artículo 10 N° 7 permanece vigente dentro de su especificidad como causa de justificación, por lo tanto, de este modo queda manifiesto que el real dilema se presenta entonces con aquellas hipótesis de hecho en que el bien lesionado fuere diferente a la propiedad ajena, por ejemplo, la integridad física, pero menor al evitado<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. ídem.

Es legítimo entonces volver a preguntarnos si existe alguna interpretación posible que permita entender que en este nuevo numeral hay no sólo consagrada una causa de exculpación, sino también una de justificación, puesto que no resulta racional que quien lesiona la propiedad ajena para salvar su vida resulte justificado en su conducta en virtud del número 7 del artículo 10 del Código penal, considerando en la base de dicha justificación el hecho de tratarse de bienes jurídicos de diferente entidad valorativa, pero que no ocurra lo mismo con quien sólo lesiona a otro para salvar su vida, puesto que si consideráramos que en el artículo 10 N° 11 se contempla solamente una causa de inculpabilidad, dicho sujeto sólo podrá ver su conducta exculpada, y no justificada, como tendría que ser.

En este sentido podríamos recordar lo dispuesto en España bajo el artículo 20.5, disposición sumamente similar a la nuestra, donde podemos aseverar que, tal y como lo señalamos en el primer capítulo, la teoría dominante entiende que se consagra tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante, por lo tanto cualquiera sea la hipótesis de conflicto de bienes que se presenta, podrá considerarse exenta de responsabilidad penal, bajo el estatuto que le corresponde, justificación o exculpación según corresponda.

Ahora bien, ¿podríamos extrapolar la interpretación casi unánime en España a nuestro país?. Parece que no, ya que pese a las semejanzas que existen entre ambas disposiciones existe una diferencia sustancial, baste con observar el requisito tercero de la disposición española que dispone que *el necesitado no debe tener, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*. Esta exigencia no parece hacer alusión manifiesta a la inexigibilidad de otra conducta como nuestra circunstancia cuarta, permitiendo con ello que la doctrina española pueda interpretar que bajo la misma norma se encuentran alojados ambos tipos de estado de necesidad. Para aclarar lo expuesto, señalemos que se ha estimado<sup>76</sup> que dicha *obligación de sacrificarse por su oficio o cargo* tiene una dimensión objetiva, es decir, no se trata aquí de un problema en relación con los procesos de motivación del sujeto, lo que sería un problema de culpabilidad, sino de lo que ordenamiento jurídico puede exigir en general a determinados ciudadanos, conforme a las reglas de su oficio o cargo, y no en base a consideraciones internas personales.

---

<sup>76</sup> Cfr. BUSTOS y HORMAZABAL, op. cit., págs. 282-283.

Por los mismos motivos anteriores tampoco podríamos abrazar las tesis desarrolladas en España que consideran que el artículo 20.5 sólo contempla una hipótesis de estado de necesidad justificante, al estilo de MIR PUIG<sup>77</sup>, o de modo radical de la mano de GIMBERNAT<sup>78</sup> que estima que el estado de necesidad en sí mismo sólo posee naturaleza justificante. La fuerza de la regulación contemplada en la circunstancia cuarta de nuestra eximente es así de poderosa, impide toda posibilidad de dar cabida a la justificación, ya sea de manera exclusiva, al modo de MIR PUIG o GIMBERNAT; o parcial, al estilo de la teoría dominante en España.

Podemos entonces concluir lo siguiente, la nueva disposición contenida en el artículo 10 N°11 permite contemplar bajo su regulación aquellas hipótesis de hecho en que el bien lesionado fuere diferente a la propiedad ajena, por ejemplo, la integridad física, pero menor al evitado, nada lo impide –y de hecho así lo considera expresamente HERNANDEZ<sup>79</sup>–; sin embargo, la solución no resulta adecuada, puesto que se daría el tratamiento de una causa de exculpación a una causa que naturalmente es de justificación, con las consecuencias que ello acarrea respecto de la potencial responsabilidad civil que puede surgir del hecho, posibilidad de oponerse a la acción amparado por la legítima defensa y respecto de la eventualidad de extender o no la eximente a todos los partícipes en el hecho.

Con dicha interpretación se produciría lo que podríamos llamar un “salto lógico”, puesto que así entendida esta norma, en relación con lo preceptuado en el artículo 10 N°7, se produciría la paradoja que resultaría exculpado el que mata a otro para preservar su vida, pero no resultaría justificado quién sólo lesiona a otro para salvarse. Al no estar este caso contemplado bajo el amparo del N°7 del artículo 10, tendríamos que recurrir a la figura del N° 11, que como eximente que se basa en la inexigibilidad de otra conducta, sólo exculpa, mas no justifica.

Esta situación no modifica en nada el panorama respecto con el que existía hasta antes de la entrada en vigencia de la ley 20.480. Lo que ocurría antes es que estas hipótesis eran reconducidas por la doctrina hacia las figuras del miedo insuperable o de la fuerza

---

<sup>77</sup> Cfr. op. cit., pág. 453 y ss.

<sup>78</sup> Cfr. op. cit., pág. 224 y ss.

<sup>79</sup> Cfr. op. cit., pág. 273.

irresistible, ambas también eximentes cuyo fundamento es la inexigibilidad de otra conducta, es decir, eran tratados como causas de exculpación.

Alguna interpretación posible podría consistir en considerar que todo aquello que, en el contexto de tratarse de una colisión de bienes jurídicos de desigual valor, donde el lesionado sea el de menor entidad, tendría que medirse de acuerdo al estándar del artículo 10 N°7. De esta forma, aquellas situaciones que se encuentren bajo el estándar de la norma, esto es, casos en que el bien lesionado resulte inferior a la propiedad ajena, podrían considerarse como situaciones insignificantes para el Derecho, asuntos de bagatela respecto de los cuales no se requiere la intervención penal, asimilando estos casos a los que describe MAURACH<sup>80</sup> como puestas en peligro de poca consideración de los bienes jurídicos protegidos que no constituyen fundamento del estado de necesidad, faltando allí el requisito del peligro necesario, es decir, un perjuicio considerable de los valores protegidos, entendiendo además que, en la vida comunitaria, la afectación sin importancia de la libertad y de la salud son de por sí reparables.

Por su parte, respecto de aquellos bienes lesionados que se encontraren por encima de la propiedad ajena en la jerarquía implícita que atraviesa todo el sistema penal, la situación se tornaría diferente, dado que dentro de esa categoría de bienes de tan alta consideración sería casi imposible hacer una comparación de males y prácticamente siempre estaríamos frente a situaciones de igualdad en la colisión de bienes o de difícil esclarecimiento, cuyo efecto sería incidir en la culpabilidad del sujeto de tal modo que tornaría inexigible una conducta diferente a la realizada. Es decir, desde el punto de vista motivacional, se produciría prácticamente el mismo efecto, sea que enfrentemos, por ejemplo, vida con vida, o vida con integridad física.

En este sentido pueden resultar útiles los argumentos CEREZO MIR<sup>81</sup> cuando señala que no siempre que el mal causado sea menor al que se trate de evitar se trataría de una causa de justificación, puesto que en diversos casos no sería posible considerar la conducta lícita ya que en ello se podría albergar un grave atentado a la dignidad de la persona humana, como cuando se extrae a una persona sana un riñón sin su consentimiento para salvar la vida de otro paciente. Se estaría utilizando al ser humano como un simple

---

<sup>80</sup> Cfr. op. cit., pág. 573.

<sup>81</sup> Cfr. *Derecho penal*, Parte general, op. cit., pág. 588.

instrumento para la consecución de otros fines, y por lo tanto, sería necesario considerar que el estado de necesidad constituiría una causa de justificación cuando el mal causado fuere menor que el que se trataba de evitar, siempre que la conducta realizada no implicara una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana.

Con ello nos veríamos en la obligación de movernos desde el plano de la ponderación de males o colisión de bienes, propio de la justificación, al de la inexigibilidad de otra conducta, cuya sede es la exculpación.

En la misma línea argumental, CERESO MIR<sup>82</sup> postula que en la ponderación de intereses podrían presentarse ciertas dificultades, pues no podría afirmarse de modo absoluto la primacía de unos u otros, así, si el tribunal no pudiera afirmar que el mal causado fuere mayor o menor al que se trataba de evitar, tendría que considerar que son aproximadamente equivalentes, y por ello podría apreciarse únicamente el estado de necesidad como causa de inculpabilidad, cuando se dé en el sujeto, por supuesto, una exclusión o una considerable disminución de la capacidad de obrar conforme a la norma.

También podríamos intentar argumentar en este último sentido al estilo alemán<sup>83</sup> – entendiéndolo que el Código penal germano sólo permite lesionar, amparado en estado de necesidad exculpante, la vida, la integridad física o la libertad, y asumiendo que la norma alemana fue evidentemente la inspiradora de nuestra disposición– afirmando que aun cuando el valor protegido por el hecho prevalece claramente sobre el sacrificado, no siempre estaría dicho hecho justificado, y ello porque la disposición alemana contiene una cláusula de adecuación en el artículo 34 que impone como requisito del hecho ejecutado en estado de necesidad que se trate de un *medio adecuado para evitar el peligro*. Así, señala la doctrina, en la situación concreta el vencimiento del estado de necesidad por medio del menoscabo del interés en conflicto debería aparecer fundado, ser digno de aprobación y estar permitido en interés de la justicia, donde por ejemplo, la autonomía y la dignidad del interesado podrían eliminar la justificación del hecho cometido por necesidad. De este modo, conductas que sobrepasen dichos límites, no podrían encontrarse justificadas y deberían someterse entonces al test de la exculpación, si procediere.

---

<sup>82</sup> Cfr. ídem, pág. 596.

<sup>83</sup> Cfr. JESCHECK y WIEGAND, op. cit., pág. 390.

En el mismo camino encontramos los argumentos de BACIGALUPO<sup>84</sup> para quien la acción realizada en estado de necesidad sólo resultaría justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica fuere esencial, es decir, tendría que existir una marcada diferencia a favor del interés que se salva; y no sólo ello, afirma que, en todo caso, la comparación de bienes o intereses no autorizaría la realización de acciones que afecten bienes individuales, como el ejemplo de la extracción de un riñón. En estos casos plantea que pese a que la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, existiría un límite frente a los bienes individuales que excluiría la posibilidad de aplicar el estado de necesidad justificante, y la razón de dicha limitación residiría en que la acción necesaria en el estado de necesidad debe constituir un medio adecuado socialmente para la resolución del conflicto, es decir, la sola preponderancia de un interés no sería suficiente para la justificación, se requeriría además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses, considerando además que la diferencia valorativa de los intereses en juego tendría que poder estimarse como esencial.

Quizás estas últimas apreciaciones podrían soslayarse si volviéramos a considerar en detalle que el conflicto que se plantea en el estado de necesidad es de males y no de bienes, concepto que permite apreciar más ampliamente la situación, considerando todas las circunstancias que rodean el hecho. Tal vez, desde ese prisma, situaciones que a primera vista aparecen como justificadas, en realidad son hipótesis de exculpación, por cuanto allí pueden “equipararse” los males, mas no los bienes.

Sin embargo todas estas suposiciones se vuelven inviables cuando volvemos al origen y fundamento de estado de necesidad en cada una de sus variantes. No puede soslayarse que tras aquellos casos en que no se pueden equiparar los bienes jurídicos, resultando salvaguardado un bien de mayor entidad, el fundamento de la eximente de responsabilidad penal será siempre otorgado por la idea de ponderación de bienes o del principio del interés preponderante, volviendo la conducta justificada, con todo el estatuto de la justificación que ello implica en relación con la posibilidad de oponer legítima defensa, comunicabilidad respecto de los partícipes en el hecho y procedencia o no de

---

<sup>84</sup> Cfr. op. cit., pág. 273.

indemnización civil. El Derecho ampara aquella conducta, y por ello no procede legítima defensa en su contra, es posible comunicar la eximentes a los demás partícipes y no procede obligación civil.

Podemos responder afirmativamente señalando que el artículo 10 N°11 –por su regulación particularmente amplia y por la ausencia de una causa de justificación más vasta que la del artículo 10 N°7– puede albergar las hipótesis en que el bien lesionado es de menor entidad valorativa que el salvaguardado, pero no podemos desconocer el descalabro que se produce al intentar aplicarle el estatuto exculpante – pues sólo exime de culpabilidad dicha eximente– a situaciones que son evidentemente de justificación.

De aplicar el estatuto propio de las exculpantes a casos de justificación, se produciría una consecuencia inadmisibles, cual es, que ante hechos cometidos en salvaguarda de bienes *superiores*, lesionando bienes *inferiores*, podría oponerse legítima defensa, así, y siguiendo los ejemplos de HERNANDEZ<sup>85</sup> que afirma que se encontraría exento de responsabilidad criminal bajo el amparo del artículo 10 N°11 el que lesiona para salvar la vida de otro, como en un trasplante forzado de órgano no vital, o el que detiene o encierra a otro con el mismo fin, y el que intimidado bajo amenaza de muerte comete un delito distinto al homicidio, podría perfectamente un tercero oponer legítima defensa, y si complementamos los ejemplos y nos ponemos en hipótesis como la del médico que debe interrumpir un embarazo para salvar la vida de la madre, o de un operario de una fábrica de debe mutilar la mano de un compañero que quedó atrapada en un máquina y que pone en peligro su vida, no parece adecuado o lógico que en esos casos un tercero, o el afectado mismo por el estado de necesidad, pudieren oponer legítima defensa, y ello justamente se encuentra en la fundamento del estado de necesidad justificante, el Derecho permite esa conducta, la vuelve lícita, excluye la posibilidad de considerarla una agresión ilegítima que de pie a una reacción amparada con la legítima defensa.

Como vemos, la regulación del estado de necesidad en Chile adolece de serias dificultades técnicas que no pueden ser absorbidas por ninguna de las tesis recientemente planteadas. Será necesario explorar la posibilidad de lograr otra salida a las contradicciones

---

<sup>85</sup> Cfr. op. cit., pág. 273.

que se han suscitado, intentando verificar si ello es posible antes de rendirse a que la solución sea simplemente *de lege ferenda*.

### Reconocimiento de la justificación supralegal, posible solución a un problema aparentemente insoluble.

Para llegar a un punto de no retorno, en el sentido que, durante la última parte de la tesis se ha señalado, si nos ha vuelto con respecto a los del profesor es que los dos motivos de esta tesis a una reforma legal que pueda dar cobertura definitiva al sistema de exoneración de la responsabilidad penal mediante un nuevo Código penal.

En segundo, sería capaz de visualizar alguna salida de la malla de los antiguos motivos aludidos, que se crea situación de conflicto generada por la falta de aplicación legal expresa del estado de necesidad justificante, fuera capaz de reconocer en el sistema penal actual la existencia de una justificación supralegal que permita exonerar de responsabilidad penal en casos de intervención del extranjero por los delitos antes mencionados que el reconocimiento legal lo autorizara expresamente.

Por último, en los estados de necesidad a la justificación supralegal podríamos dar por solucionado nuestro problema, aquellas situaciones que abarca - y parte de la reforma también - que las leyes de la República del artículo 10 N° 2, y así como hemos mencionado anteriormente, tampoco son el creado por lo dispuesto en el artículo 10 N° 11, podría ser modificada como tal como en el caso natural, esto es, como justificante, por todo lo que ello implica y que ya hemos detallado, respecto de los efectos que las diligencias de la autoridad que tienen efecto exculpante.

No obstante a eso, que esta solución depende necesariamente del hecho de reconocer o no como admisible en nuestro sistema la justificación supralegal, como el que continuamos de lleno en los siguientes párrafos. Así, de mostrar que no es posible utilizar

## Capítulo IV

### **Reconocimiento de la justificación supralegal, posible salida a un problema aparentemente insoluble.**

Hemos llegado a un punto de no retorno, en el sentido que, abrazando la tesis que hemos reseñado en el capítulo anterior, se nos ha vuelto casi imposible salir del atolladero en que nos encontramos sin echar mano a una reforma legal que pueda dar coherencia definitiva al sistema de eximentes de la responsabilidad penal existente en nuestro Código punitivo.

Sin embargo, somos capaces de visualizar alguna salida de la mano de los antiguos maestros alemanes, que en una situación de conflicto generada por la falta de regulación legal expresa del estado de necesidad justificante, fueron capaces de reconocer en el sistema penal alemán la existencia de una justificación supralegal que permitió eximir de responsabilidad penal en casos de interrupción del embarazo por indicación médica mucho antes que el reconocimiento legal lo autorizara expresamente.

Por cierto, de dar cabida dogmáticamente a la justificación supralegal podríamos dar por solucionado nuestro problema, aquellas situaciones que ahora – y antes de la reforma también – quedan fuera de la regulación del artículo 10 N° 7, y tal como hemos afirmado precedentemente, tampoco son abarcadas por lo dispuesto en el artículo 10 N°11, podrían ser consideradas como eximentes en su sede natural, esto es, como justificantes, con todo lo que ello implica y que ya hemos detallado, respecto de los efectos que las distinguen de las eximentes que tienen efecto exculpante.

No podemos desconocer que esta solución depende necesariamente del hecho de reconocer o no como admisible en nuestro sistema la justificación supralegal, asunto al que entraremos de lleno en los siguientes párrafos. Así, de concluir que no es posible colegir

dogmáticamente la existencia de dicha institución, necesariamente tendremos que asumir que la reforma introducida por la Ley número 20.480 ha generado un problema insoluble.

En este orden de ideas, ineludible se vuelve citar nuevamente a RIVACOBÁ, quien expone claramente al respecto, distinguiendo entre lo supralegal y lo extra o suprajurídico, en el sentido que no habría ninguna contradicción en afirmar que justamente cuando se asevera la existencia de la justificación legal –establecida en la ley – , justamente se sigue que existe otra, al margen de la ley, cuyo origen está en el Derecho, teniendo presente que la ley es sólo una fuente formal de éste, y que lo que realmente le constituye es “el complejo de valores que inspiran un ordenamiento, de principios que lo informan y de fines a que tiende, complejo que origina y del que cobra sentido el correspondiente conjunto de normas jurídicas. Por tanto, cada vez que en la realidad se dé un caso al que no sea aplicable ninguna de las justificantes que figuran en la ley, pero que tampoco atenta contra semejantes valores, principios y fines, no cabe, so pena de resolverlo contra el mismo ordenamiento e incurrir así en flagrante injusticia, sino reconocerlo y declararlo justificado supralegalmente y dictar, en consecuencia, fallo absolutorio”<sup>86</sup>.

Por su parte, tal y como señala RIVACOBÁ, JIMENEZ DE ASUA<sup>87</sup> fue un acérrimo defensor de la justificación supralegal, aclarándonos incluso que lo que corresponde es referirse de ese modo a ella, como *justificación supralegal*, y no como *causas supralegales de justificación*, puesto que esta última modalidad podría conducirnos equívocamente a considerar que junto a las causas legales de justificación existirían otras nuevas, que podrían ser aceptadas por la vía de la analogía, posibilidad que rechaza del todo, reafirmando que lo que existe y proclama son situaciones de justificación supralegal, cuya base se encuentra en el reconocimiento de que el delito no existe si no es contrario a la norma de cultura. Luego de pasar lista a las diversas teorías que han tratado de afirmar la existencia de la justificación supralegal, como la del fin reconocido por el estado, de VON LISZT, para quien no podían estimarse antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado; la esfera de libertad que el estado deja a los individuos, de M. E. MAYER; o el principio de la valuación de los bienes jurídicos, de MEZGER, para quien no

---

<sup>86</sup> Cfr., op. cit., pág. 39 y ss.

<sup>87</sup> Cfr., op. cit., t. IV, págs. 365 y ss., y 672 y ss.

actuaba antijurídicamente quien lesionaba o ponía en peligro un bien jurídico de menor valor, si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de valor superior; JIMENEZ DE ASUA se decanta por lo que ya adelantábamos, esto es, la afirmación de que la justificación supralegal es necesaria por conformidad con la norma de cultura<sup>88</sup>. Obtiene esta conclusión partiendo de la base que la antijuricidad es un concepto valorativo y no una noción positiva que pueda definirse por sí sola con exactitud, sino que representa lo contrario a lo jurídico, y así, siendo el delito un acto antijurídico, resulta que cuando la antijuricidad falta, nos encontramos en plena juricidad. En este orden de ideas, no sería necesario que las causas de justificación estuvieran taxativamente señaladas en los Códigos, sino que solo bastaría demostrar que el acto en cuestión se encuentra conforme con las normas de cultura, y no habiendo ofensa a las citadas normas, la conducta es justa.

En la actualidad son múltiples los autores que se decantan por afirmar la existencia de la justificación supralegal, y siendo más potente esta tendencia en el mundo germano, no deja de tener defensores incluso en nuestro medio.

Así, para ROXIN<sup>89</sup>, basándose en la unidad del ordenamiento jurídico, resultaría una contradicción axiológica insoportable que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente, asunto que, según él, además sería contradictorio con la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social.

Por su parte MAURACH<sup>90</sup> parte de la misma idea de la unidad del ordenamiento jurídico como fundamentadora de la justificación supralegal, lo que se traduce en la necesidad de una determinación del ilícito libre de contradicciones dentro del ordenamiento jurídico en sus diversas ramas. Este autor de todos modos hace un alcance final, recordándonos que desde este punto de vista, es un requerimiento para el Estado el realizar un esfuerzo de adaptación de su Derecho positivo a la convicción cultural internacional y a la concepción jurídica de la dignidad del hombre, puesto que sólo así logrará reducir a un

---

<sup>88</sup> JIMENEZ DE ASUA insiste en este punto que no es necesario acudir a la aplicación por analogía *in bonam partem* de causas justificantes para alcanzar su conclusión, basta con interpretar de modo teleológico y progresivo, con resultados restrictivos, el concepto de delito, para llegar a la justificación supralegal. Op. cit. pág. 682.

<sup>89</sup> Cfr., op. cit., pág. 570

<sup>90</sup> Cfr., op. cit., pág. 427, 429 y ss., 467.

mínimo aceptable los conflictos que surgen de la inevitable disputa sobre la esencia y las formas de aparición del Derecho. La libertad de un Estado para determinar qué es lícito dentro de su territorio no es ilimitada, es decir, esta teoría no puede erigirse como carta blanca para regímenes totalitarios, sino que debe reconocer su límite en un núcleo del derecho que no puede ser lesionado por ley ni medida autoritaria alguna, prácticamente identificable con la dignidad de la persona humana.

Y para JESCHECK<sup>91</sup>, ocurre lo mismo, del principio de unidad del ordenamiento jurídico se deriva que ni científicamente ni por la ley es posible suponer una enumeración exhaustiva de todas las causas de justificación posibles, sus fuentes son ilimitadas. Luego agrega que la función de garantía de la ley penal no se ve mermada por el reconocimiento de causas de justificación consuetudinarias o supralegales, puesto que en estos casos lo que hay es una limitación a la punibilidad y no una ampliación de ésta, pero recomienda al legislador que, por motivos de igualdad y seguridad jurídicas, procure recoger lo más ampliamente todas las posibles causas de justificación.

En nuestro medio el debate ha sido escaso, sin perjuicio de ello, nos encontramos con que es CURY<sup>92</sup> quien claramente reconoce la justificación supralegal. Discurre en el mismo sentido recién señalado según el cual, en principio, las causales supralegales de justificación tienen que ser aceptadas, basándose fundamentalmente en el argumento de la unidad del ordenamiento jurídico, entendiéndose que lo que es permitido o mandado por el Derecho para ciertos efectos, no puede aparecer como prohibido para otros. Agrega que el legislador no podrá aprehender, a modo de catálogo, todos los casos posibles de justificación, ya que la licitud o ilicitud de un hecho sólo puede juzgarse mediante una referencia al conjunto de normas jurídicas, asunto que no se agota con el examen de las causales de justificación expresamente reguladas, descartando que en ello sea necesario aplicar la analogía *bonam partem*, puesto que no se trataría de la aplicación de la solución dada por el Derecho a un caso semejante regulado a uno no regulado, sino simplemente establecer cuál es la regulación del caso dado y que le es directamente aplicable.

---

<sup>91</sup> Cfr., op. cit., págs., 351 y ss.

<sup>92</sup> Cfr., op. cit., pág. 368.

Es en relación al artículo 10 N° 10, del Código penal<sup>93</sup>, que la controversia se asienta en nuestro medio, puesto que autores como NOVOA<sup>94</sup> afirman que no es necesario echar mano a la justificación supralegal puesto que la primera parte del citado artículo, es decir, aquella que considera ajustada a Derecho la conducta ejecutada en el *ejercicio legítimo de un derecho*, interpretada de modo amplio, permitiría abarcar todas las situaciones que según la doctrina extranjera constituirían causas de justificación supralecales. Ello supondría interpretar ampliamente dicha disposición, en el sentido que ejercita un derecho no sólo quien puede fundarlo en preceptos positivos, sino que como dice CURY<sup>95</sup> quien puede deducirlo del contexto del ordenamiento jurídico. ETCHEBERRY<sup>96</sup> expresamente no es de esta idea de interpretación amplia del artículo 10 N°10, y rechaza abiertamente el recurrir en cualquier caso a una justificación supralegal.

Por su parte, POLITOFF, MATUS y RAMIREZ<sup>97</sup> han situado a CURY en la posición de negar la justificación supralegal por reconocer amplitud en la regulación del artículo 10 N°10 del Código penal. Sin embargo, parece que ambas cosas no son incompatibles. Justamente creemos que no puede servir de argumento la posible interpretación amplia de la regulación de una causa de justificación en concreto, para colegir luego la negación de la justificación supralegal; parece que se trata de dos planos diferentes, puesto que, como señalamos precedentemente, no hay contradicción alguna en aseverar ambas cosas.

Incluso este argumento que reconoce amplitud al artículo 10 N°10 resulta discutible si observamos que muchas situaciones supralecales de justificación no suponen el ejercicio de un derecho o facultad alguna, como sería el caso que presentamos en el capítulo anterior del sujeto que amputa el brazo a otro para salvar su vida. Es en escenarios como éste en los que cuesta identificar el “derecho” que se estaría ejerciendo legítimamente.

---

<sup>93</sup> Según el artículo 10 del Código penal chileno, se encuentra exento de responsabilidad criminal “N°10: *El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo*”.

<sup>94</sup> Cfr., op. cit., pág. 339 y ss. También POLITOFF reconoce que la mayor parte de la doctrina nacional conviene en que la formulación amplia del N°10 revela que el catálogo de causas de justificación no se cierra nunca, ya que lo que esté permitido por otra rama del ordenamiento jurídico no puede ser ilícito para el Derecho penal, ello en POLITOFF y ORTIZ (directores), *Texto y comentario del Código penal chileno*, t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2002, pág. 97.

<sup>95</sup> Cfr., op. cit., pág. 369.

<sup>96</sup> Cfr., op. cit., págs. 244 y 265, respectivamente.

<sup>97</sup> Cfr., op. cit., págs. 209 y 210.

Esta discusión también se presenta en España, puesto que el artículo 20, número 7 del Código penal español establece que obra justificadamente el que lo hace “*en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*”, planteando la cuestión en términos idénticos a los nuestros. Algunos autores han venido en denominar estos casos como *causas de justificación en blanco*, haciendo la analogía con las leyes penales en blanco. De lo reseñado por BACIGALUPO<sup>98</sup>, se desprende que el Tribunal Constitucional español ha ido admitiendo la invocación de ciertos derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión e información y de reunión y manifestación, de modo que han ido adquiriendo el carácter de causas de justificación en el ámbito del derecho penal cuando como consecuencia de una ponderación de bienes tienen preponderancia sobre otros derechos constitucionales. Ante casos como éstos JESCHECK<sup>99</sup> se pronuncia advirtiendo posibles peligros para la seguridad jurídica en la formulación de causas de justificación mediante cláusulas generales, como sería el caso del *ejercicio legítimo de un derecho* en cuestión.

Como ya hemos dejado de manifiesto, parece evidente que la discusión respecto de la amplitud o no de una determinada causa de justificación, y las consideraciones respecto del perjuicio o beneficio en su inclusión dentro del sistema de eximentes de la responsabilidad penal, parecen moverse en un plano diverso y con argumentos no atingentes al posible reconocimiento o no de la existencia de una justificación supralegal.

Es más, parece una falacia argumentativa negar validez a la justificación supralegal por la existencia de una justificante relativamente amplia reconocida expresamente por el legislador, baste decir que puede perder relevancia práctica la discusión de la cuestión, y en ese punto podemos conceder que ambos asuntos están ligados, pero no excluye en ningún caso el debate respecto del asunto, y reiterando lo ya señalado, del hecho que el legislador contemple dentro del catálogo de eximentes de la responsabilidad penal una justificante en términos amplios, no se colige que deba descartarse por ello el reconocimiento de la justificación supralegal, y ello porque aseverar ambas cosas no se contradice en sí mismo.

---

<sup>98</sup> Cfr., op. cit., pág. 106.

<sup>99</sup> Cfr., op. cit., pág. 252.

En este mismo sentido RIVACOB<sup>100</sup> argumenta de otro modo. Plantea que frente al llamado a restar importancia práctica a este asunto por existir en el ordenamiento jurídico justificantes como la de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho en las que cabe cualquier caso en que el injusto esté excluido, tendríamos que concluir necesariamente que bastaría con aquella justificante y que todas las demás serían superfluas. Señala el autor que si ello fuera tan sencillo no habrían persistido hasta ese momento sin solución legal los conflictos en que se enfrentan bienes jurídicos de desigual valor, salvándose el más importante a costa de uno menor que no fuere la propiedad, haciendo clara alusión a la estrecha regulación del artículo 10 N°7 de nuestro Código penal.

Aquel comentario fue escrito mucho antes que la reforma legal que ha sido objeto de esta tesis, pero nada hace pensar que las cosas han cambiado tanto como para suponer que la doctrina y nuestros tribunales se encuentran en condiciones de afirmar lo que antes no afirmaban, respecto de la misma hipótesis, que según nuestra postura, permanece sin solución expresa desde el ámbito de la justificación.

Concluimos entonces que las salidas son dos. Por una parte, reconocer la existencia de la justificación suprallegal que permita abarcar en su sede natural el conflicto de bienes recién reseñado, o por otra, simplemente modificar nuevamente el Código penal de modo que el sistema total de eximentes de la responsabilidad penal cobrara coherencia.

---

<sup>100</sup> Cfr., op. cit., pág. 39 y ss.

## Conclusiones

- 1.- El concepto de estado de necesidad como eximente de la responsabilidad penal, y su naturaleza bipartita, se encuentran asentados en la doctrina. Sin embargo, no dejan de existir esfuerzos por parte de algunos autores en argumentar la existencia de una naturaleza única en esta eximente, generalmente justificante, los que han sido convenientemente rebatidos en forma y fondo.
- 2.- El estado de necesidad se encuentra técnicamente delimitado respecto de otras eximentes con las que suele confundirse por mantener ciertos puntos de contacto, como es el caso de la legítima defensa y el miedo insuperable.
- 3.- La doctrina está conteste respecto del diferente estatuto que rige los efectos de la exención de la responsabilidad penal por haber concurrido una causa de justificación o una causa de inculpabilidad, en lo que dice relación con la participación criminal, responsabilidad civil derivada del hecho y procedencia de la legítima defensa.
- 4.- Previo a la modificación introducida por la Ley número 20.480, la doctrina nacional consideraba que la disposición del artículo 10 N° 7 del Código penal contemplaba una causa de justificación, y que los casos no contemplados allí debían estimarse como situaciones de exculpación, cuya base estaba dada por la inexigibilidad de otra conducta, ya sea abarcados por la figura del miedo insuperable o la fuerza irresistible, sin distinguir en que las hipótesis excluidas de dicho precepto eran dos, y de diferente naturaleza, a saber, casos de conflicto entre bienes de diversa entidad valorativa en que el bien lesionado no era la propiedad ajena, y casos en que los bienes confrontados tenían igual entidad valorativa.
- 5.- El debate parlamentario que dio origen a la Ley número 20.480 careció de una discusión técnica al nivel que requería una modificación como la que resultó, tomando en consideración, además, que las mociones parlamentarias que le dieron origen nada adelantaban respecto de la posible inclusión de una eximente con efectos generales, no circunscrita sólo a casos de violencia intrafamiliar.

6.- El modo en que quedó regulada la disposición contenida en el artículo 10 N°11 del Código penal, luego de la modificación de la Ley N° 20.480, y el hecho que la discusión parlamentaria soslayó por completo cualquier debate posible relativo a la entidad de los bienes en conflicto que cabían dentro de la nueva eximente, como cualquier otro asunto trascendente en un tema tan relevante como el estado de necesidad, generan graves dificultades interpretativas.

7.- El nuevo estado de necesidad, incluido desde diciembre de 2010 en el Código penal, contempla la exención de responsabilidad penal sólo en hipótesis de exculpación, es decir, y bajo la concepción bipartita, aquellos casos en que el conflicto se suscita entre bienes de igual entidad valorativa, y dada la particular redacción de nuestro Código, incluso aquellos casos en que el bien salvaguardado fuere inferior al afectado, siempre y cuando entre ambos no hubiere una diferencia sustancial. Fundamental para llegar a esta conclusión es la consideración que hicimos respecto del requisito número 4° del artículo 10 N° 11, que a nuestro entender alude directamente a la inexigibilidad de otra conducta, lo que constituye la esencia y fundamento del estado de necesidad exculpante.

8.- Consecuencia de lo anterior es que el artículo 10 N°7 del Código penal no ha resultado absorbido por la nueva redacción del artículo 10 N° 11, tienen una naturaleza y especificidad diferentes, justificante uno y exculpante el otro, operando por ende cada uno en sus respectivas hipótesis y surtiendo sus correspondientes efectos.

9.- Quedan excluidas de regulación legal expresa los casos de conflicto entre bienes jurídicos de diferente entidad valorativa, en que el bien afectado, inferior al salvaguardado, es distinto a la propiedad ajena.

10.- Pensar en solucionar estas hipótesis por la vía de considerarlas como hipotéticamente abarcadas por el artículo 10 N° 11, o por otras eximentes, como el miedo insuperable o fuerza irresistible, genera un contrasentido que se hace evidente respecto de las consecuencias de la aplicación de una justificante o de una exculpante, puesto que al tratarse aquellos tres casos de eximentes que excluyen la culpabilidad, nos obligaría a aplicar el estatuto propio de las exculpantes a casos de justificación, produciéndose una



consecuencia inadmisibles, cual es, que ante hechos cometidos en salvaguarda de bienes superiores, lesionando bienes inferiores, podría oponerse legítima defensa.

11.- La solución parece venir de la mano de la admisión de la justificación supralegal, la que lograría abarcar los casos recién descritos, y como nosotros afirmamos fundadamente, no cubiertos por la nueva regulación. De ese modo podríamos aplicar a dichas hipótesis el estatuto que les corresponde, cual es, el de la justificación.

BAQUERO, J. L. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Madrid, Ed. Aiz. 4<sup>ta</sup> ed., 1997.

BERGARA, JUAN y NORMANOS, J. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Madrid, Ed. Temis, 1997.

CERDAS MIR, José. *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3 vols., Madrid, Ed. Tecnos, segunda reimpresión, I, II, 2005.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal. Parte general*. Montevideo-Buenos Aires, Ed. Financ. Julio César Scajola, 2005.

\_\_\_\_\_. "La posición de la justificación y de la exculpación en el ámbito del delito de persecución penal", en ENRIQUE BERNARDINI (ed.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*. Coloquio Hispano-Americano de Derecho penal, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1997.

CEREDA ALFARO, M. L. *El delito imperativo. Su delimitación frente al estado de necesidad*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997.

COPEL, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 5<sup>ta</sup> ed., sept. 2005.

ECHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte general*, 4 vols., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 3<sup>ra</sup> ed., I, 1997.

GARRIDO MONTI, María. *Derecho penal. Parte general*, Nociones fundamentales de la teoría del delito, 4 vols., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 4<sup>ta</sup> ed., I, II, 2005.

GRANDJEAN GEDER, Enrique. "El estado de necesidad: un problema de culpabilidad", en *Estudios de Derecho penal*. Madrid, Ed. Temis, 2<sup>da</sup> ed., 1976.

## Bibliografía

### 1. Libros, Memorias de prueba y artículos.

ANTON ONECA, José, *Derecho penal*, Madrid, Ed. Akal, 2ª ed., 1986.

BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal*, Parte general, Madrid, Ed. Akal, 4ª ed., 1997.

BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal*, Parte general, 3 vols., Madrid, Ed. Tecnos, adenda a la sexta edición, t. II, 2005.

- *Derecho penal*, parte general, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, Julio Cesar Faira (editor), 2008.
- “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (Edit.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1995.

CUERDA ARNAU, Ma. Luisa, *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997.

CURY, Enrique, *Derecho penal*, Parte general, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª ed. sept. 2005.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, Parte general, 4 vols., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 3ª. ed., t. I, 1997.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal*, Parte general, Nociones fundamentales de la teoría del delito, 4 vols., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 4ª ed., t. II, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “El estado de necesidad: un problema de antijuricidad” en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Ed. Tecnos, 3ª ed., 1990.

- “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes”, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (Edit.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1995.

HERNANDEZ, Héctor, *Código penal comentado*, Parte general, Doctrina y jurisprudencia, Jaime Couso Salas y Héctor Hernández Basualto (directores), Ed. AbeledoPerrot, LegalPublishing Chile, Santiago, 2011, (267-275).

HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio regulativo*, Traducción de José Luis Guzmán Dálbora, Estudio introductorio de Gonzalo D. Fernández y José Luis Guzmán Dálbora, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, Julio Cesar Faira (editor), 2005.

HIRSCH, Hans Joachim, “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”, en ESER/GIMBERNAT/PERRON (Edit.), *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, traducción de la 5º ed. por Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Ed. Comares, 2002.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, (publicados 7 vols.), tomos IV y VI, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976 (3ª ed.) -1962 (2ª ed.).

LUZON PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal*, Parte general, Madrid, Ed. Universitas, S.A., 1ª ed., 3ª reimpresión, octubre 2004.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal*, Parte general, 2 vols., traducción de la 7º ed. por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Buenos Aires, Ed. Astrea, t.I, 1994.

MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, t.I, trad. de la 2ª ed. alemana y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, Ed. B de F, Julio Cesar Faira (editor), 7ª ed., 2ª reimpresión, julio de 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del delito*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2007.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho penal*, Parte general, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª ed. revisada y puesta al día, 2004.

NAQUIRA, Jaime, *Derecho penal*, Teoría del delito, Santiago, Editorial McGraw-Hill, 1998.

NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, 2 vols., Santiago, Ed. Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 2ª ed., t.I, 1985.

POLITOFF, Sergio, *Derecho penal*, Santiago, Ed. Jurídica Conosur, t.I (único publicado), 1997.

POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (directores) *Texto y comentario del Código penal chileno*, t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2002.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte general, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2ª ed., 2004.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *Las causas de justificación*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, José Luis Depalma (editor), 1996.

RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, Ed. Dykinson, 16ª ed., 1993.

- *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, Ed. Dykinson, 17ª ed., 1994

ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Parte general, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal de la 2ª ed. Alemana, Ed. Civitas, Madrid, t.I, 2007, reimpresión de la 1ª ed.(en Civitas)1997.

SAINZ CANTERO, José, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, Ley penal. El delito (Acción, tipicidad, antijuricidad), publicados 2 vols., Barcelona, Ed. Bosch, 2ª ed. corregida, t.II, 1985.

SILVA SANCHEZ, José María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, Julio Cesar Faira (editor), 2ª ed. ampliada y actualizada, 2010.

STRATENWERTH, Gunter, *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, (3 vols.), 3ª ed. traducida por Luis Jiménez de Asúa de la 20ª ed. Alemana, Madrid, Instituto Editorial Reus, t.II, s.a.

WESSELS, Johannes, *Derecho penal*, Parte general, trad. Finzi, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en colaboración con ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, Parte general, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2ª ed., 2005.

## 2. Otros documentos.

Historia de la ley N° 20.480 que 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 las normas sobre parricidio. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).



00160581

MAG  
M843r  
2012

CB 00160581

RU 90625

AUTOR Moreno López, María Soledad

TÍTULO La reforma de la Ley N° 20.480  
de 18 de diciembre de 2010 ...

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

Moreno López, María Soledad  
La reforma de la Ley N° 20.480 de 18  
diciembre de 2010, ¿introdujo al Códigi  
penal sólo el estado de necesidad  
exculpante?

CB 00160581