

REVISIÓN Y ANÁLISIS DEL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

*Sebastián Andrés Serrano Pichihueche**

*Pablo Ignacio Serrano Pichihueche***

RESUMEN

En el presente trabajo se intenta abordar la institución del estado de necesidad exculpante en el Código Penal chileno, analizando tanto su concepto como su regulación en la legislación y en la jurisprudencia. A partir de una revisión dogmática, se examinan los requisitos para que el estado de necesidad exculpante pueda ser aplicado, así como las situaciones en las que puede ser invocado, destacando las diferencias con otros institutos similares. El estudio concluye que el estado de necesidad exculpante es un mecanismo eficaz para proteger bienes jurídicos de mayor valor frente a situaciones de peligro o amenaza inminente, pero que su aplicación debe ser cuidadosa y limitada a situaciones extremas y excepcionales. En especie, es muy relevante tener presente que esta herramienta entregada por el derecho penal, su empleo, ejecución y aplicación teórica-práctica deben ser con estricto apego y respeto a los principios rectores de la ciencia en estudio.

Palabras clave: Estado de necesidad exculpante, causas de justificación, revisión de elementos integradores, Código Penal chileno.

INTRODUCCIÓN

El estado de necesidad exculpante es una figura jurídica que ha generado debate e interés en la doctrina y la jurisprudencia penal chilenas. Aunque reconocida como

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad San Sebastián. Diplomado en Derecho Penal de la Universidad de Talca. Magíster © Derecho Penal Universidad de Talca-Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Secretario de estudios de Derecho vespertino y profesor asistente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián. Correo electrónico: sebastian.serrano@uss.cl

** Estudiante de 3^{er} año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Ayudante de investigación en Derecho Penal. Correo electrónico: pablo.serrano@derecho.uchile.cl

causa de justificación en el Código Penal chileno, su aplicación en la práctica ha sido objeto de controversia. En este sentido, la revisión de los elementos integradores del tipo penal del estado de necesidad exculpante resulta fundamental para determinar su alcance y aplicabilidad en los casos concretos.

El trabajo que a continuación se presenta tiene como objetivo analizar y revisar los elementos integradores del estado de necesidad exculpante en el Código Penal chileno, con el propósito de establecer criterios claros y precisos que permitan su correcta aplicación. En este sentido, se revisarán el marco teórico-jurídico y la jurisprudencia relevante en la materia, así como también se analizarán casos concretos que permitan identificar los elementos que configuran dicha figura jurídica.

Los objetivos específicos son: a) identificar los elementos integradores del estado de necesidad exculpante en el Código Penal chileno; b) analizar la jurisprudencia relevante en torno a la aplicación del estado de necesidad exculpante; c) revisar la literatura especializada respecto del tema

Para alcanzar estos objetivos, se utilizará una metodología de revisión bibliográfica y análisis de casos concretos. En este sentido, se espera contribuir al desarrollo de una interpretación uniforme y consistente del estado de necesidad exculpante en la jurisprudencia chilena, en beneficio de la justicia y el Estado de derecho de Chile.

1. EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

El artículo 10 N° 11 del Código Penal, desde la publicación de la Ley N° 20.480 de diciembre de 2010, autoriza a un sujeto a realizar una conducta antijurídica que afecte directamente bienes jurídicos protegidos tales como la vida, intimidad u honor de un tercero con el objetivo directo de evitar un mal. Importante es tener a bien que el mal que se procure evitar debe ser exclusivamente grave.

La norma antes señalada permite ampliar el espectro de aplicación jurídico-penal del mismo estado de necesidad, conocido en el artículo 10 N° 7 del Código Penal.

Pawlik basa su conjetura con la tesis filosófica de la libertad al mismo tiempo que señala que la base en un sistema con un orden jurídico penal liberal es el respeto de la libertad negativa de los individuos, debido a ello estos no pueden ser molestados en la administración de su esfera de derechos, en la medida que estos, por su lado, no perjudiquen la esfera de derechos de los otros (Pawlik, 2015, p. 4). A partir de lo anterior, el autor señala que es discutible cómo una regulación “exculpa” y declara como no punibles acciones realizadas por necesidad que, en casos extremos, pueden llegar hasta el homicidio del destinatario de la intervención.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, es importante tener presente qué entendemos por estado de necesidad exculpante. En dicho sentido, Roxin lo ilustra señalando que la institución antes indicada se deduce claramente del tenor literal del

§ 35 I 1: “actúa sin culpabilidad”, lo que está concebido por el legislador como una causa de exclusión de la culpabilidad (Roxin, 1997, p. 896).

Finalmente, estamos de acuerdo con lo planteado por Acosta en el sentido de que el derecho penal autorice a sacrificar típicamente un bien de menor entidad para salvar otro de mayor valor: esto es algo que se explica de manera lógica y relativamente sencilla en el marco de las valoraciones jurídico-penales (principio de preponderancia) (Acosta, 2013, p. 694).

2. REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 10 N° 11 DEL CÓDIGO PENAL

Estar o no en presencia de un estado de necesidad exculpante es una de las claves que hay que dilucidar revisando la doctrina. Juan Pablo Castillo sostiene que el debate acerca del artículo 10 N° 11 del Código Penal se proyecta en tres ámbitos simultáneos (Castillo, 2016 pp. 341-343):

1. En lo político-criminal, indicando si la disposición de la precedente ley es suficiente para eximir de responsabilidad punitiva a la mujer que comete un homicidio en un contexto de violencia de género o violencia doméstica.
2. En lo técnico-legislativo, respecto del conflicto suscitado entre distintos bienes jurídicos, los que, bajo concepto de la ley, se encuadren en que el mal producido “no sea sustancialmente superior al que se evita”.
3. En lo dogmático, en cuanto que la disposición del artículo 10 N° 11 llevaría a una eventual derogación tácita del artículo 10 N° 7 del Código Penal.

Pues bien, además, Pawlik (2015, p. 17) indica tres situaciones jurídico-fácticas en que el estado de necesidad no puede proceder:

1. Donde los intereses de aquel sujeto que interviene no se encuentren en peligro ni en riesgo de modo considerable desde el principio del hecho.
2. Cuando el perjuicio que se genera en el destinatario de la intervención conforme con sus intereses es mayor que la descarga que el autor de la conducta logra por medio de su intervención.
3. Si es que el interviniente y el beneficiario no son idénticos, surgen problemas respecto del uso de la categoría de sujeto.

Para Bacigalupo, citado por Acosta, en cambio, el estado de necesidad exculpante se funda en la disminución del injusto, que excluye la pena por insuficiencia de la ilicitud que justifica su imposición (Acosta 2013, p. 693).

A mayor abundamiento, no es otro sino Etcheberry (Etcheberry, 1997, p. 262) el que precisa que en el estado de necesidad, a diferencia de la legítima defensa, el sacrificio del inocente solo se explica por la preponderancia del bien que se salva y admite que el mayor problema está en la ponderación de bienes jurídicos.

Sin perjuicio de lo señalado por la doctrina antes señalada, debemos revisar pormenorizadamente lo señalado en el Código Penal chileno. En efecto, el respectivo artículo 10 N° 11 del Código Penal, en donde sus requisitos de procedencia en la disposición son: obrar para evitar un mal grave, actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar, que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo, que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita, y que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí.

Este artículo, al tener la naturaleza de una revisión de la institución ya sindicada, exige analizar con detalle todos y cada uno de los elementos que integran esta institución.

2.1. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar

La evitación del mal mayor respecto de otro mal, pero de menor intensidad, recibe su fundamentación en la posición que adopta el hechor del mal inferior en favor de un tercero, que por cuestiones de hecho debe resistir el impacto jurídico-fáctico de la anterior. Teniendo esto presente como clave en el proceso de examen jurídico de la institución en el Código Penal alemán, el legislador vincula la exclusión de la responsabilidad a un “peligro actual no evitable (afrontable, eludible, conjugable) de otro modo”. El estado de necesidad justificante del § 34¹ posee también el mismo presupuesto (Roxin, 1997, p. 902).

Así se deduce de normas extranjeras que lo precisan también respecto de situaciones de necesidad justificante. En principio, el §35 del Código Penal alemán que sirve como hoja de fuente exculpante admite que la eximente “no rige en tanto que el autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares porque él mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una situación

¹ § 35 StGB Estado de necesidad justificante. “(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 I., 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 con el inciso primero, entonces solo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme con el § 49, inciso I”.

de especial relación jurídica”. El artículo 20.5 del Código Penal español, que se remite a supuestos en los que el mal causado es menor al evitado, exige que la situación de necesidad “no haya sido provocada intencionalmente” por el sujeto al igual que “el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, la obligación de sacrificarse”.

En similares términos y respecto de males causados menores, el artículo 12 del Código Penal boliviano alude a ambas exigencias, al igual que el artículo 27 del Código Penal de Costa Rica que requiere que no se haya “provocado voluntariamente” y que el titular del bien que se requiere salvar no tenga el “deber jurídico de afrontar el riesgo”. Por su parte, el artículo 32 del Código Penal colombiano habla de un peligro que el “agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, mientras que el artículo 20.5 del Código Penal peruano emplea iguales términos que el 34 del Código Penal suizo (Vargas, 2013, p. 758).

Teniendo esto presente, el primer requisito de la norma en análisis hace referencia a la dimensión o magnitud del mal que se pretende evitar por la existencia de un conflicto entre dos bienes jurídicos que se ponderan entre sí.

Como es sabido, el mal que se pretende evitar se refiere a su persona o terceros que estarán o no relacionados directa o indirectamente a este último (Roxin, 1997, p. 902-905).

A pesar de todo lo expuesto, Pawlik (2015, p. 6) nos ilustra señalando que Kant niega la presencia de un derecho de necesidad. Este, en su exposición de la situación llamada “tabla de Carneades”, señala la “no punibilidad” del autor. Según Kant, en estos casos, el derecho penal podría “no tener el efecto deseado”, toda vez que la amenaza de un eventual mal, aunque incierto en este momento, podría no surtir efecto predominante alguno frente al temor de un mal específico o certero.

Este primer requisito considera la entidad del mal como las circunstancias concretas y objetivas del caso en cuestión, lo que entra en concordancia con la inexigibilidad de la conducta, es decir, que la situación de riesgo no haya sido provocada ni creada por el necesitado o, por el contrario, que este tenga la obligación de soportar la situación por su cargo u oficio. Es sabido, además, que el mal que se pretende evitar puede tener orígenes diversos, salvo una agresión ilegítima, ya que esto daría lugar a lo que la legislación penal denomina legítima defensa (Guerra, 2014, pp. 39-40).

Respecto de los elementos “actualidad” e “inminencia”, es posible señalar que el primero dicta estricta relación con la presencia de un riesgo que esté permanentemente en una situación jurídica-fáctica, mientras que el segundo nos obliga a revisar los bienes jurídicos en peligro vinculados entre sí, ponderando ambas posibles lesiones con la que afecta mayor y menormente en un sujeto y en otro, respectivamente, salvando uno ¿para evitar? de aquel.

En dicho orden, Acosta (2013, p. 701) señala que el origen del peligro puede ser cualquiera, salvo que se trate de una agresión ilegítima, en que opera la legítima

defensa; pero aun en ese caso puede haber estado de necesidad si la acción salvadora se dirige en contra de un tercero que no provocó la agresión.

Asimismo, si respecto de la inminencia existe una suerte de conteo en momentos de la puesta en riesgo de los bienes jurídicos, en ese sentido, podemos indicar que en los casos del tirano doméstico que agrede a su mujer, la “actualidad” implica un peligro inmediato, mientras que la “inminencia” está orientada a uno de carácter constante; o dicho de otro modo, comienza a inmiscuirse en los bienes jurídicos puestos en peligro con una intensidad prolongada.

En otras palabras, entendemos esta situación de inminencia en el contexto antes indicado en tiempos de desarrollo de las lesiones a bienes jurídicos de parte del tirano contra su mujer, si bien la mujer puede reaccionar en legítima defensa², en el momento que se desenvuelva la agresión. Sin embargo, Acosta considera que, al pasar este esquema a una ecuación jurídica donde en tiempo uno el tirano golpea a su mujer sin reacción de ella por su miedo o temor insuperable; en tiempo dos nuevamente atenta contra su integridad física; en tiempo tres pone en peligro el bien jurídico de la vida de ella, con días, meses o años de diferencia; en tiempo cuatro, finalmente, la mujer agredida atenta contra la vida del hechor, en este caso, ella goza de la protección que el estado de necesidad exculpante le permite (Guerra, 2014, p. 42)³.

No creemos, pues, en comparación con otros autores, que la acción salvadora en este tipo de situaciones debe mediar en un mismo momento fáctico, sino que en casos del tirano doméstico este tiempo entre la agresión que da muerte al agresor, recibe una suerte de tiempo adicional cada vez que la mujer percibe tanto física como psicológicamente, véase amenazas y coacciones psíquicas, posibles afectaciones a bienes jurídicos protegidos tales como vida e integridad física; por lo anterior, siguiendo esta ecuación, el tiempo agregado para una reacción en estado de necesidad sería inmediatamente a tiempo cuatro.

² Couso y Hernández (2011, p. 269) se refieren a que si la situación de violencia que sufre la mujer es tan desesperada que no se puede esperar un comportamiento distinto y que por este se le pueda absolver, y sería válido que esto ocurriera no por el artículo 10 N° 11, sino que por el 10 N° 9 del Código Penal, es decir, por la fuerza irresistible o el miedo insuperable, con lo que, desde este punto de vista, la nueva eximente resulta superflua. Sin embargo, Acosta (2013, p. 701) aporta que un mal inminente puede dar lugar a una acción salvadora justificante o exculpante, según el caso, el llamado “peligro permanente”, esto es, una situación peligrosa “que permanece durante un largo periodo y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aun pueda tardar un tiempo en producirse el daño”.

³ En ese sentido Cury señala que la disposición del artículo 10 N° 11 del Código Penal es de carácter elástico, por lo que puede tratar de un mal que no está actualmente produciéndose, que no amenaza en ese momento, peor, que puede en algún momento, cualquiera, llegar a estar latente.

Pues bien, lo anterior no es compartido por Hernández y Couso, ya que lo señalado por los académicos es que si la norma buscaba brindar una exención de responsabilidad a la mujer que, cansada de los graves maltratos acumulados ataca a quien la ha martirizado de manera uniforme y constante, lo pertinente era modificar y agregar a la legítima defensa una posición o bien una variante privilegiada para esta, donde se buscará relativizar la exigencia primera (actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar), la que se exige de manera unánime para la “agresión ilegítima”, que, como bien sabemos, es el primer presupuesto para dicha eximente; exigencia que ambos autores consideran el gran obstáculo técnico para que aquellas mujeres que actúan bajo un estado de necesidad sean absueltas (Couso y Hernández, 2011, p. 269).

“Entendiendo que el ‘mal’ en cuestión es una nueva agresión de parte del maltratador, si efectivamente esta se pudiera considerar actual o inminente, lo que correspondería sería aplicar derechamente la legítima defensa con efecto justificante, no un estado de necesidad” (Couso y Hernández, 2011, p. 269).

Filosóficamente, es de relevancia mencionar que es sabido el interés real del individuo en su autoconservación, por ello es que Pufendorf y Fichte señalan que la exigencia de obediencia al Estado encuentra su fundamento en que el gran Leviatán sirve al interés de autoconservación de los mismos ciudadanos que observen y obedecen la norma. Ahora bien, en los casos en que no se cumpla la prestación fundamental que tiene el Estado a su cargo para con los individuos que integran a este no le es posible exigir la observancia ni la obediencia de las reglas jurídicas (Pawlik, 2015, p. 5).

La jurisprudencia nacional ha reconocido la posibilidad de interpretar de forma flexible la inminencia, en caso de estado de necesidad exculpante, en contextos de violencia contra la mujer⁴.

⁴ Se enlaza directamente con la moción de la ley y el espíritu del legislador chileno de la ley que modifica el Código Penal con el Boletín N° 4937-18 Considerando: “1. - Que, según las estadísticas del Ministerio del Interior, tras largos años de esfuerzos, las autoridades han logrado estabilizar las cifras de denuncias sobre delitos de mayor connotación social en el país. 2.- Que, sin embargo, siguen registrándose hechos de gran impacto, caracterizados por una violencia excesiva los que, difundidos por los medios de comunicación, conmueven a la opinión pública generando una sensación de inseguridad, expresada en otras mediciones. 3.- Que, entre los ilícitos que más temor producen en la comunidad, están aquellos que, en el plano familiar, tienen por víctimas a mujeres, particularmente cuando ocurren en el marco de relaciones de pareja. Resulta difícil, en este sentido, encontrar algún hecho o circunstancia que sirva de justificación a una conducta tan reprochable y criminal. 4.- Que, lamentablemente, en nuestro país, son muchos los casos de asesinato de mujeres por parte de sus parejas. En efecto, solo en el 2007, con el fallecimiento de Angelina Navarro Gutiérrez, acaecida este martes 20 de marzo, los hechos de este tipo de acercan a la decena. 5.- Que, sin embargo, nuestra legislación contempla para tales casos tipos insuficientes que no expresan conceptualmente en forma adecuada el tema y otorga a los agresores

Siguiendo lo señalado más arriba y en directa relación con el objetivo de este trabajo, es importante tener presente la jurisprudencia chilena, en concreto, la causa RIT O-6338-2020 pronunciada por el 1° Juzgado de Garantía de Antofagasta en el considerando decimocuarto respecto de los elementos en análisis. Esta señala que:

El Tribunal entiende que, al configurarse un estado de necesidad, la conducta persiste en su ilicitud, pero esta no puede ser sancionada por ausencia de culpa. Estima esta sentenciadora que las circunstancias establecidas en artículo 10 N° 11 del Código Penal, en la especie, el mal que se pretendía evitar por parte del requerido era actual o inminente, quien, ante el llamado de auxilio de su madre, en su conducción buscó prestar ayuda a su padre que producto de problemas de salud cayó en el baño de su casa, desconociendo el imputado la real condición del mismo, siendo en consecuencia la conducta desplegada por el requerido idónea para evitar un mal grave respecto de la vida o integridad física de su padre, ejecutando la conducta ilícita materia del requerimiento, conducta en que se excluye la culpa⁵.

Doctrinariamente, encontramos a Acosta (2013, p. 707) el que pudo haber inspirado el razonamiento del tribunal, ya que se pueden sacrificar bienes individuales o comunitarios. Así, obra justificadamente quien conduce ebrio para llevar un herido grave a un hospital como única forma de salvarlo; y, si el mal causado es igual o no sustancialmente superior al evitado, puede ser exculpado.

Respecto del requisito en estudio, la misma sentencia antes sindicada en su considerando decimoquinto nos coadyuva en el análisis. Sin embargo, el Tribunal entiende que, al configurarse un estado de necesidad, la conducta persiste en su ilicitud, pero esta no puede ser sancionada por ausencia de culpa⁶.

Según Juan Pablo Castillo,

solo es posible afirmar la validez de la norma y el deber de cumplimiento que de ella emana, en la medida que el individuo tenga la capacidad de posicionarse

la posibilidad de utilizar atenuantes o beneficios que les permiten rebajar las penas o minimizar su cumplimiento efectivo”.

⁵ Juzgado de Garantía de Antofagasta, RIT: O-6338-2020, de 5 de septiembre de 2022, Considerando decimocuarto:

“Es posible hacer presente, sustentando la ponderación de la prueba, con libertad, que no parece razonable ni prudente exigirle a don Hugo René Díaz Anderson, como a cualquier ciudadano común, otra conducta o manera de actuar diferente a la realizada por aquel, considerando que en su condición de hijo único su intención era proteger la vida de su padre, bien jurídico más relevante de nuestro ordenamiento jurídico, quien al conducir para prestarle ayuda, con la licencia de conducir suspendida, si bien estaba lesionando un tipo penal, que es un delito de peligro, el mal que pretendía evitar, salvar la vida o integridad física, aparece como un mal real, concreto, actual e inminente de mayor valor, considerando las enfermedades que su padre sufre y que ya había presentado episodios de descomposición con anterioridad”.

⁶ Juzgado de Garantía de Antofagasta, RIT: O-6338-2020, de 5 de septiembre de 2022.

críticamente frente a sus propias acciones y manifestaciones y haya tenido la oportunidad jurídica e institucional de intervenir en el procedimiento democrático, es decir, solo si el sujeto puede predicarse su condición de destinatario y autor de las normas (Castillo, 2016, p. 350).

El mismo autor considera que, si buscamos que entre la eximente y el fundamento de esta exista una coherencia, es menester exigir la existencia de un mal o peligro grave, en donde la gravedad hace plena referencia a la intensidad del riesgo del bien jurídico, por lo que será este el elemento que permite al sujeto intervenir en las relaciones sociales (Castillo, 2016, p. 351).

Respecto de la culpabilidad es el maestro Künsemüller⁷ quien nos ilustra señalando que el consenso en torno al postulado-garantía –cuyo contenido debería implicar, además del resguardo elemental e irrenunciable “No hay pena sin culpabilidad”, que “la culpabilidad del autor por el hecho determinará la medida máxima de la pena”– no excluye naturales divergencias doctrinarias en torno al concepto mismo de la culpabilidad, su fundamento y su concreto rol en la sistemática del delito y de la pena.

No obstante, creemos advertir en la literatura chilena, como lo exponemos más adelante, una clara mayoría que adhiere, al menos hasta ahora, a la concepción “tradicional” o “clásica” de la culpabilidad, que la entiende como “reprochabilidad” normativamente dirigida al autor, posición esta que involucra, como es sabido, determinadas y muy polémicas proyecciones sistemáticas que apuntan, a la postre, a la concepción misma del derecho penal y no únicamente a parciales categorizaciones dogmáticas.

Finalmente, hay que precisar que se tiene presente que en todo estado de necesidad exculpante se acredita la existencia de uno o más hechos ilícitos, como en el caso en análisis de delito de conducción de un vehículo motorizado con licencia

⁷ Künsemüller, 2016, pp. 188-189: “Los elementos integrantes de la culpabilidad no constituyen, en lo fundamental, el epicentro de la polémica; el principio de culpabilidad impone actualmente la exigencia de una diversidad de datos imprescindibles para la afirmación de la responsabilidad penal. El Sujeto ha de ser imputable, esto es, tener capacidad para comprender y querer la acción antijurídica. Es necesario, además, que la conducta dolosa o culposa haya sido realizada con conocimiento de su antijuridicidad. Por último, la culpabilidad estará ausente si concurre un motivo particular que la excluya (miedo insuperable, fuerza irresistible, estado de necesidad exculpante, etc.). En cambio, el fundamento de la culpabilidad –su *ratio essendi*– vinculada con la teoría ‘clásica’ al poder individual de obrar de otro modo, ha sido fuertemente cuestionado por la ‘teoría general de la culpabilidad’, que introduce el concepto del ‘poder medio de actuación’ como sustantivo ‘impersonal’ o ‘social’ (un *homunculus*, según Hassemer) del enlace personal, subjetivo, individual, entre el autor y su acción desaprobada. Además, un importante sector de opinión le asigna a la culpabilidad un carácter marcadamente –en realidad exclusivamente– preventivo, sin ninguna influencia en la determinación de la procedencia de la pena y la evaluación de su medida”.

de conducir suspendida⁸ e infringiendo las normas sanitarias⁹ establecidas por la autoridad en la época de las cuarentenas debido a la pandemia que azotó el mundo con el virus SARS-COV II-19¹⁰.

Sin perjuicio de ello, Bockelmann dice que

la actitud que manifiesta quien actúa en estado de necesidad no permite formular un reproche de culpabilidad, ya que debido a la *humana fragilitas*, el instinto de autoconservación sería un defecto reprochable solo en menor medida. Ahora bien, esta suerte de teoría de Bockelmann no responde a la pregunta de por qué un “instinto” debe poder contraponerse a un derecho (Pawlik, 2015, p. 8).

2.2. Que no exista otro medio practicable y menos prejudicial para evitarlo

Revisar este acápite de la institución en cuestión plantea la pregunta de cómo podemos entender la posición jurídica de un sujeto que pretende salvar un bien jurídico por sobre otro, en otros términos, la pregunta se resume en: ¿este requisito objetivo de punibilidad del Artículo 10 N° 11 del Código Penal obliga subjetivamente a un análisis de parte del sujeto que salva a otro?

⁸ Artículo 209 inciso 1° de la Ley N° 18.290: “El conductor que hubiere sido condenado a las penas de suspensión o inhabilitación perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica o animal, y fuere sorprendido conduciendo un vehículo durante la vigencia de la sanción impuesta, será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de hasta diez unidades tributarias mensuales”.

⁹ Artículo 318 Código Penal chileno: “El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales. Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio. En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado”.

¹⁰ Juzgado de Garantía de Antofagasta, RIT: 0-6338-2020, de 5 de septiembre de 2022: “Por lo razonado precedentemente, queda establecido que el imputado Hugo René Díaz Anderson, realizó una conducta típica antijurídica, conducción de un vehículo motorizado con licencia de conducir suspendida, conducta que no es punible por la inexistencia de culpa, ya que en aquella conducta actuó por la motivación de un tercero, protegiendo la vida o integridad física de su padre, es decir, motivado por un estado de necesidad, que lo indujo a la comisión de un hecho típico, para evitar un riesgo, lo que impide o imposibilita el reproche penal, habida consideración de la eximente de responsabilidad que lo protege, que legitima, a juicio de esta sentenciadora, la absolución del imputado respecto el cargo que se le hace por el Ministerio Público”.

Será Cury el que nos ilustra señalando que la posición subjetiva especial del agente también ha de excluirse, sin embargo, deben tener en consideración las relaciones objetivas de carácter especial que, en caso concreto, pueden determinar alteraciones en los valores (Cury, 2020, p. 380).

A mayor abundamiento, Cury (2020, p. 380) nos ilustra con un ejemplo que permite explicar los elementos integradores del requisito en análisis: el ejemplo llama la atención acerca de que la choza del humilde campesino es, acaso, toda su fortuna y, por eso, relativamente más valiosa que el costoso automóvil del magnate¹¹.

En el mismo sentido este elemento es explicado con sentido objetivo relativo, ya que toda circunstancia jurídico-fáctica de derecho debe ser analizada caso a caso, excluyendo posiciones étnicas, religiosas, o posiciones sociales que sitúen, entre pares, a unos sobre otros (relación empleador-trabajador subordinado).

En la doctrina chilena, en efecto, Vargas (2013, p. 752) hace relación directa al mal causado como el único medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. Asimismo, con inspiración en autores como Von Liszt (1899, pp. 383-389)¹² y el profesor Etcheberry (2015, pp. 307-337)¹³, se hace referencia al mal causado como el único medio o remedio para salvar el bien protegido expuesto a la situación de peligro y evitar su concreción (lesión o daño).

La jurisprudencia de los tribunales de justicia en Chile nos ha instruido en este segundo requisito del artículo 10 N° 11 del Código Penal. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán, en Recurso de Nulidad presentado¹⁴ por el Ministerio Público contra la sentencia de 9 de mayo de 2018, que rechaza la petición deducida por el órgano constitucional en favor de lo señalado por el Tribunal *a quo*, el que, luego de llegar a la convicción de que el imputado dio muerte a su padre con un disparo de escopeta¹⁵, acredita la no concurrencia de la institución de legítima defensa; no

¹¹ Roxin (1997) p. 906: “De manera indiscutida no concurre un peligro para la integridad física cuando el menoscabo que amenaza es insignificante. Según la jurisprudencia, insignificantes son sobre todo los malos tratos que no producen ‘un daño, aunque sea solo pasajero, de la integridad corporal o la salud’ (así por vez primera RGSt 29, 78, en un caso del § 255 [extorsión equiparada al robo]). La amenaza de simples golpes no es por tanto suficiente. Ello se fundamenta con el uso del lenguaje, que no permitiría hablar en tales casos de un ‘peligro para la integridad física o la vida’ (RGSt 29, 78) o de un ‘estado de necesidad’”.

¹² Von Liszt desarrolla con más detalle su teoría acerca del estado de necesidad exculpante. En particular, en la octava edición de la obra *Lecciones de derecho penal*, Von Liszt aborda la relación entre el estado de necesidad exculpante y otras figuras similares, como la legítima defensa y la obediencia debida.

¹³ El autor dedica el capítulo 14 al estado de necesidad, en el que se explica su concepto, requisitos, límites y efectos, con referencias a la jurisprudencia y a la regulación del Código Penal chileno.

¹⁴ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, RIT:O-77-2018, de 22 de junio de 2018.

¹⁵ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, RIT:O-77-2018, de 22 de junio de 2018: “En el fundamento OCTAVO el Tribunal *a quo* analiza y pondera pormenorizadamente la prueba rendida en el juicio, concluyendo que con el mérito de las declaraciones de los testigos y peritos

obstante se logra acreditar con prueba pericial, testimonial y documental, la procedencia a la eximente de responsabilidad penal del artículo 10 número 11 del Código Penal, esto es, la concurrencia de un estado de necesidad exculpante.

Respecto de la ponderación de males, a mayor abundamiento, Vargas (2013, p. 762) nos ilustra con un criterio de interesante análisis. Él señala que la ponderación de bienes y males aparece como fundamental, y la decisión de salvar a uno de ellos, como especialmente compleja cuando no se nota una diferencia entre los objetos valorados para explicar la justificación fundada, en general, en el citado principio del interés preponderante.

Así, el sentenciador de primera instancia analiza e invoca todos y cada uno de los requisitos de la institución y, revisado doctrinariamente y luego de haber ponderado la prueba, concluye que concurre en especie todos y cada uno de los requisitos contemplados en el numeral 10 N° 11 del Código Penal.

Finalmente, precisar que el disparo del imputado a su padre con una escopeta no es menos perjudicial y, por lo pronto, en dicho momento el imputado no mediaba otro contexto para el fin de la agresión del bien jurídico, por lo que resuelve atentar contra la vida de su padre en contexto de estado de necesidad exculpante; en términos tales lo acredita la defensa, lo confirma el Tribunal de Juicio oral en lo Penal de Chillán y luego lo confirma la I.C.A de Chillán en fallo de 22 de junio de 2018¹⁶.

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

Revisando este tercer elemento constitutivo del delito es importante tener presente lo señalado por Navas: en el estado de necesidad existe una exigencia de

referidos precedentemente y del mérito de los otros medios de prueba y documentos, unido a los dichos del propio adolescente imputado expresados en el juicio como medio de defensa, se logró establecer que el 29 de agosto de 2017, en el sector de Lucumávida Norte de la comuna de San Nicolás, Eduardo Antonio Lagos Romero le disparó con una escopeta a su padre Ricardo Lagos Rivas, provocándole la muerte.

En el fundamento NOVENO el sentenciador *a quo*, amén de referirse a la legítima defensa, analiza en forma pormenorizada la prueba rendida en lo relativo a la eximente de responsabilidad penal del artículo 10 número 11 del Código Penal, esto es, la concurrencia de un estado de necesidad exculpante. El Tribunal *a quo* esta eximente la analiza desde el punto de vista doctrinario, y luego de ponderar la prueba rendida en forma detallada concluye que en la especie concurren todos y cada uno de los requisitos contemplados en el artículo 10 número 11 del Código Penal”.

¹⁶ En ese sentido Vargas, 2013, p. 752 “Hace referencia el mal causado como el único medio o ‘remedio’, para salvar el bien protegido expuesto a la situación de peligro y evitar su concreción (lesión o daño). Apunta al reconocido ‘carácter subsidiario’ del estado de necesidad, en cuanto el mal causado se presenta como la única solución para salvar el bien protegido expuesto al peligro, al mal que se quiere evitar. Esta idea destaca lo que explicaría o fundamenta una situación de necesidad, que es que no haya otro camino para salvar ese bien que afectar a otro. El problema es que también está protegido el bien que efectivamente se afecta o lesiona (...)”.

proporcionalidad y subsidiariedad en la actuación de quien lo alega. Ahora bien, es importante subrayar que en el estado de necesidad no están en conflicto bienes jurídicos, sino “males”: el mal que amenaza (que es aquel que se trata de evitar) con el mal que se causa para evitar el primero (Navas, 2022, p. 177).

Según lo expuesto por Navas¹⁷, es importante considerar que el mal causado no debe ser sustancialmente mayor que el que se evita, y abandonar, como señalan Couso y Hernández, el campo de la justificación, que solo permite la irrogación de un mal de menor relevancia, asumiendo la posibilidad de eximir de la responsabilidad penal por un déficit de culpabilidad¹⁸.

Filosóficamente, Pawlik afirma que los intereses subjetivos de quien interviene no sean inferiores a los correspondientes intereses de su adversario y distingue esencialmente el presente caso (dos adversarios en un conflicto de “vida contra vida”) de aquella intervención que normalmente sería apta para dar lugar a un hecho punible. En virtud de lo ya dicho, el legislador penal ha tenido en cuenta esta peculiaridad, en la medida que exculpa y exime de pena aquellas intervenciones indispensables para la prevención del peligro.

La clave de todo lo expuesto anteriormente encuentra su fundamento en el respectivo acometimiento de un hecho típico, el que debe ser siempre sustancialmente menor al que se evita. Pero, ahora bien, ¿qué entendemos por “sustancialmente”? La respuesta a esta pregunta reviste dudas e inquietudes que mantienen un elemento diferenciador del artículo 10 N° 11 del Código Penal. Por eso, resulta conveniente consultar el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Real Academia Española, s/f, definición 2) que indica que la palabra “sustancialmente” significa importante o esencial, lo que no colabora lo suficiente para esclarecer y dar una certeza de en qué momento un sujeto puede afectar un bien jurídico por sobre otro.

Acosta, respecto de la gravedad del mal evitado, afirma que el causado no sea sustancialmente superior a la subsidiariedad y que no exista un deber intensificado de afrontar el riesgo, con el límite de que, en principio, la exculpante no se extiende a los agentes del Estado, cuyo actuar debe enmarcarse en la Constitución Política y, particularmente, en el principio de legalidad. Así, no son tolerables las torturas de la autoridad para obtener confesión, ni aun para salvar vidas (Acosta, 2013, p. 707).

¹⁷ Navas (2022) p. 232. “El mal que amenaza puede tener origen en la naturaleza o en una actividad humana y debe ser grave, actual o inminente. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ha entendido que existen casos como los del tirano doméstico, donde la actualidad de la agresión o inminente comprende periodos más o menos amplios, como ocurre con el peligro permanente. En tal situación existe un peligro que amenaza con un mal que se puede transformar en daño en cualquier momento, no pudiendo determinar con exactitud el momento en que ese peligro permanente dará lugar a la agresión actual o inminente”.

¹⁸ Couso y Hernández, 2011, p. 292

Claro está, y podría responder al sentido común, el que un padre de familia entra en una propiedad ajena sin permiso para salvar a su hijo que está atrapado en un incendio¹⁹. Nuevamente Navas (2022, p. 233) destaca un punto importante: en su obra permite entender más allá de lo señalado por la voz antes sindicada, ya que señala, respecto de la ponderación de males, que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

Por lo anterior, y en concordancia con lo expresado por Navas, es clave entender este requisito como el corazón de una causal de exculpación diferenciándola inmediatamente, aunque sea algo que se aprecia con claridad, del estado de necesidad justificante, ya que este último solo autoriza el ocasionar un mal en la propiedad de un tercero ajeno.

Para Guerra, en directa inspiración del maestro Von Liszt, este primer elemento integrador de la institución apunta a la magnitud del mal que se pretende evitar por la existencia de un conflicto entre dos bienes jurídicos²⁰. Sin embargo, Guerra no alude a la sustancialidad de este, sin embargo, hace presente un elemento importante a este respecto, ya que el mal que se pretende evitar puede tener cualquier origen, excepto una agresión ilegítima que daría lugar a la legítima defensa. No obstante, aun en esta última hipótesis, podría darse un estado de necesidad si la acción salvadora ¿qué conlleva un mal? recae en un tercero que no provoca la agresión (Guerra, 2014, p. 40)²¹.

El tercer requisito de la norma en estudio, el de subsidiaridad, apunta a la “racionalidad de la conducta realizada”, la que tiene por objeto que la única forma en que se pueda defender aquel bien, que debido a un mal actual o inminente se encuentra

¹⁹ En ese sentido, Acosta (2013) p. 702: “La gravedad del mal debe enjuiciarse con criterios objetivos, pero tomando en consideración las particulares circunstancias del afectado. No se trata de considerar la forma en que éste se siente (percibe) el mal, lo que no significa dejar de lado su situación personal objetiva. Es mal grave”.

²⁰ Von Liszt (1899) pp. 383-389 explicaba que el estado de necesidad exculpante se aplicaba en situaciones en las que el sujeto no tenía otra opción razonable para evitar el mal mayor, y que el bien que se buscaba proteger era de mayor valor que el bien que se estaba sacrificando. Además, von Liszt también exigía que la conducta desplegada en estado de necesidad exculpante fuera proporcional y adecuada para evitar el mal mayor. Von Liszt desarrolla con más detalle su teoría sobre el estado de necesidad exculpante. En particular, en las páginas 383 a 389 de la octava edición de esta obra, la relación entre el estado de necesidad exculpante y otras figuras similares, como la legítima defensa y la obediencia debida. También discute los requisitos que deben cumplirse para que el estado de necesidad exculpante sea aplicable, y las consecuencias jurídicas que derivan de su reconocimiento como una eximente de responsabilidad penal.

²¹ A mayor abundamiento Vargas (2013), p. 753: “¿Podría servir para amparar actos de torturas con el fin de evitar males que ni siquiera se estimen graves? Esta posibilidad suele situarse en el ámbito del terrorismo, la tortura del detenido como comprensible costo frente a la gravedad que implican conductas de esa índole, que amenazan con desestabilizar el Gobierno, la autoridad estatal, un grupo, etnia, etc. Podría haber razones que se estimen fuertes o graves para eximir de responsabilidad por daños importantes, no solo torturas (...)”.

en peligro, sea mediante ese mal que provoca el agente. Ahora bien, Guerra señala que aquel mal que se cause debe ser “un medio idóneo”: en relación con este punto, es oportuno preguntarse respecto de las posibilidades fácticas y concretas de acceso a los medios para que exista otro camino o medio menos perjudicial o, como nos indica el autor, idóneo para el caso (Guerra, 2014, p. 43).

Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita es un requisito que procede ante males que sean iguales entre sí e, incluso, cuando se produce uno mayor al que se pretende evitar. En esta última hipótesis, el mal ocasionado no puede ser sustancialmente superior al que se evita. El mal ocasionado podrá ser considerado sustancialmente superior al evitado cuando se dé una desproporción significativa. Dicha desproporción se determinará realizando un análisis valorativo. Ahora bien, respecto de lo anterior no es posible ponderar los males existentes cuando el conflicto versa acerca de los bienes jurídicos que se refieren a la vida (Guerra, 2014, p. 44).

Feuerbach toma la consideración de Kant y la generaliza. Así, indica que en caso de un actual y urgente peligro para la vida o para otro bien irremplazable y personal, la “posible eficacia” de la ley penal se ve neutralizada por el impulso. Por ello es por lo que una acción en estado de necesidad realizada en esas condiciones no sería imputable (Pawlik, 2015, p. 7).

La fundamentación de la teoría de la pena de la prevención general negativa no puede ser aplicada en estos casos, en virtud de que los delitos no “valen la pena” para un individuo que se enfrenta a un peligro existencial como lo ha demostrado Kant.

Sin embargo, es Juan Pablo Castillo (2016, P. 359) el que señala una crítica respecto de las diferentes interpretaciones que se pueden dar en especie en esta circunstancia. En términos tales, según el autor, dependerá de la manera en que su intérprete lo indique y podrá ser muy amplia o muy restringida.

A pesar de todo lo señalado anteriormente, y finalizando este punto, Castillo entiende que la interpretación en materia penal está supeditada estrictamente al principio de legalidad: todo sentido que le demos a las normas jurídicas debe ser con estricto respeto a la tipicidad establecida en la norma jurídica, y de tal manera no sería correcto del todo. Si bien existe una comprensión dispar por el concepto “sustancialmente”, entendemos que el legislador quiso marcar la diferencia con el estado de necesidad justificante y, además, que no se mezclara con criterios básicos de la legítima defensa en cualquiera de sus formas de comisión.

A mayor abundamiento, y siguiendo la crítica que hemos esbozado, es Mañalich (2013, p. 719) el que señala que hablar del estándar de proporcionalidad fijado en el nuevo N° 11, consistente en la exigencia de que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita, tiende a coincidir con el estándar que es admisible entender como distintivo del régimen del estado de necesidad defensivo en tanto causa de justificación.

Se ha de precisar que, si bien es posible que haya faltado un esfuerzo adicional por el legislador asumiendo estos elementos descriptores de la punibilidad que se pretende exculpar, se genera una suerte de confusión entre la doctrina; sin embargo, una interpretación respetuosa de los principios generales del derecho penal no debería traer problema alguno, incluso aplicando la interpretación teleológica (Hurtado Pozo, 1974, pp. 171-172).

En materia jurisprudencial podemos mencionar el fallo RIT O-166-2012²², pronunciado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel el 27 de marzo de 2013, en el considerando 11°:

UNDÉCIMO: El tribunal de instancia considera que no parece lógico tampoco que después de tantos años de maltrato de la entidad que ella afirma, no haya tomado ninguna medida en su resguardo como habría sido por ejemplo, acudir a su familia o haber dado cuenta a la policía o a algún organismo competente de tales excesos, considerando que, a juicio de esta Corte, había otros medios lícitos practicables a los que podría haber concurrido a fin dar cuenta de la situación de peligro que la aquejaba, medios que fueran considerados menos perjudiciales para evitar las consecuencias, sin que la acusada haya acudido a ninguno de ellos, existiendo solo un temor que pudiera cometerse un mal grave, sin perjuicio que dicho mal no podía ser mayor que el causado para evitarlo, porque consistió en privar de la vida a una persona y que no se ha demostrado que no hubiera otro medio practicable y menos perjudicial para impedir ese supuesto mal que causar la muerte.

En estos términos, la jurisprudencia indica que *ex ante* de atentar contra un bien jurídico tal como la vida en situación de estado de necesidad exculpante, debe a lo menos constar un antecedente que funde el comportamiento, sea en expediente judicial, testigos u otros, es decir, un medio lícito menos gravoso practicable.

Sin embargo, creemos que la naturaleza jurídica misma del estado de necesidad importa desde un principio un atentado contra un bien jurídico, aun cuando hayan

²² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, RIT O-166-2012, de 27 de marzo de 2013. Se absolvió a Karina del Carmen Sepúlveda Cisternas de los cargos formulados en la acusación fiscal como autora del delito de parricidio, perpetrado el 17 de octubre de 2011, en la referida comuna.

“En contra de dicha sentencia y del juicio oral en que esta se pronunció, interpuso recurso de nulidad don Patricio Vergara Varas, Fiscal Adjunto de Puente Alto, invocando para ello como causal principal de invalidación la contemplada en el artículo 374 letra e) en relación a los artículos 342 letra c) y artículo 297 disposiciones todas del Código Procesal Penal, señalando para ello la omisión que la sentencia incurre al no haberse efectuado la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dan por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, y en forma subsidiaria, invoca el motivo de nulidad previsto en el artículo 373 letra b) del referido Código, por errónea aplicación del artículo 10 N° 11 del Código Penal, en cuanto se declaró que no existe culpabilidad por parte de la acusada, omitiendo reproche penal”.

existido medidas de resguardo no exploradas por el hechor (en situación de necesidad), ya que esto se ve en una situación fáctica de hecho, la que el temor de que se acometiera contra la vida u otros bienes jurídicos protegidos se encuentra en todas las situaciones que una persona experimenta, véase el tirano doméstico. Sin perjuicio de ello, creemos que los tribunales de justicia no deben ponderar elementos tales como acudir a su familia o haber dado cuenta a la policía o a algún organismo competente de tales excesos para efectos de no acreditar el elemento del artículo 10 N° 11 numeral tercero.

Por lo anterior, no estamos de acuerdo con el criterio utilizado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, ya que se inmiscuye en otros elementos más allá de lo jurídico, lo que, a juicio de nosotros, se ve claramente acreditada la situación antes mencionada²³ en ese sentido, y resulta poco práctica y alejada de los fines de la norma una suerte de preparación por la vía de “estado de necesidad exculpante”²⁴.

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

Antes que todo es importante tener presente que en el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad posee especial relevancia el hecho de que la actualidad del peligro comprende periodos sustancialmente más grandes que la actualidad de la agresión en el § 32²⁵ (más detenidamente § 16, nm. 17 s.). Esto rige sobre todo para el llamado peligro permanente, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa (Roxin, 1997, p. 903).

Según Van Weezel, la inexigibilidad, premisa de la exculpación por estado de necesidad, da contexto a una situación anormal en el que el agente no puede cumplir

²³ “Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel ACOGE el recurso de nulidad que por la causal absoluta del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y artículo 297 todos del Código Procesal Penal dedujo el Ministerio Público y se declara que SE ANULA la sentencia de fecha diecisiete de enero de dos mil trece, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto y el juicio oral en que recayó y se retrotrae la causa al estado de celebrar un nuevo juicio oral ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal no inhabilitado que corresponda”.

²⁴ En este sentido Vargas (2013, p. 743), en donde señala que “la necesidad tiene cara de hereje”, es una expresión popular del aforismo *Necessitas non habet legem* (la necesidad carece de leyes) para graficar en general que quien padece una necesidad no ha de responder según la ley por lo que hace en ese estado.

²⁵ § 32 StGB. “Legítima defensa. (1) Quien cometa un hecho que está admitido por la legítima defensa, no actúa antijurídicamente. (2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro”.

con la norma. En este sentido, la circunstancia cuarta carecería de sentido, toda vez que se limita a indicar que “la conducta conforme a derecho es exigible cuando es exigible” o, por el contrario, “no se reconoce inexigibilidad cuando el sujeto se le pudo exigir otra conducta” (Castillo, 2016, pp. 355-356).

Asimismo, Van Weezel afirma que el que un sujeto actúe en favor de un tercero con el que no tiene ninguna clase de vínculo o relación que lo ligen, no explicaría el carácter personalísimo del que goza la inexigibilidad de otra conducta. Finalmente, sostiene que la obligación de escoger el medio menos perjudicial, así como la ponderación de bienes o males del caso, serían características de una situación más justificante que exculpante como se podría llegar a pensar en un principio (Castillo, 2016, pp. 355-356).

Para Navas, este último requisito de la norma hace referencia a casos o circunstancias en los que será razonablemente exigible el sacrificio de un bien que está amenazado por un mal. El Código Penal señala expresamente que el sacrificio del bien amenazado por el mal no puede 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 (Navas, 2022, p. 233).

Juan Pablo Castillo critica la supuesta circularidad de la circunstancia cuarta expuesta por Van Weezel, señalando que esta es la que “constituye un límite a la procedencia de la exculpante cuya única particularidad consiste en figurar en términos negativos” (Castillo, 2016, p. 357), además de indicar que incluso esta puede ser la parte más rica de la norma desde el punto de vista de las posibilidades que ofrece su interpretación, toda vez que impone medir la reprochabilidad del acto teniendo a la vista las normas de cultura que afectan al necesitado.

La segunda crítica que realiza el autor se relaciona con el carácter personalísimo de la norma, toda vez que, si bien la legislación penal chilena, efectivamente, responde a una “antropología individualista, esto no implica asumirla como una decisión definitiva y general a la que no sea posible hacerle frente en el plano teórico y legislativo” (Castillo, 2016, p. 357).

Ahora bien, Vargas (2013, p. 755), a pesar de las críticas señaladas por Van Weezel y los contrapuntos indicados por Castillo, indica que será difícil admitir que el derecho autorice afecciones iguales a otras que se quieren evitar, menos afectaciones mayores, cuando existe igual o mayor protección o derecho de protección para los bienes afectados. Aquí, el ámbito de la disculpa o exculpación es lo que parece explicar la exención.

A pesar de las críticas señaladas por Van Weezel y los razonables cuestionamientos de Castillo, la jurisprudencia nos ilustra al respecto en la Sentencia O-150-2020²⁶ del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, referida a la causa en la que el acusado

²⁶ “El referido disparo fue accionado por el acusado Fuentealba Valdebenito en contra de la víctima Pedraza Gutiérrez frente a los dos hijos menores de ésta, ya individualizados, quienes presenciaron

Samuel de la Cruz Fuentealba Valdebenito, luego de una discusión, tomó un arma de fuego con la que disparó contra el rostro de la víctima. Como consecuencia de este disparo, doña Bernardita Pedraza resultó con un “trauma craneofacial complicado”, lesión que comprometió su cara y cráneo y le causó inevitablemente la muerte.

La defensa en su alegato de inicio manifestó que “humillación, vergüenza y temor” son expresiones que simbolizan gran parte de la vida que compartió el imputado con Bernardita, porque la circunstancia que finalmente genera este desgraciado desenlace no obedece simplemente a un hecho puntual ocurrido el 12 de abril de 2019, sino que se gesta mucho antes, en una dinámica cotidiana que vivió el imputado durante el matrimonio con doña Bernardita.

Humillación porque, en reiteradas oportunidades de la vida en común, Samuel recibió de parte de su cónyuge menoscabos de diversos aspectos; por ejemplo, le decía: huaso bruto, no sirves para nada, no sabes leer ni escribir; y lo echaba a dormir en la camioneta, entre otras cosas.

Temor, porque si hay algo que Samuel ama en la vida es a su hija Aylin, y constantemente él recibía “amenazas” de Bernardita de que si él se iba de la casa jamás volvería a ver a su hija; temor de sufrir no solo humillaciones, sino que también agresiones físicas que se repitieron durante un buen periodo.

Vergüenza de denunciar lo que él vivió: es un hombre joven, robusto; sin embargo, pese a ser objeto de malos tratos, nunca denunció por vergüenza de que se rieran de él, de que no le creyeran que era un hombre objeto de malos tratos.

Samuel es nacido y criado en el campo, su núcleo eran sus padres y sus hermanos, no terminó la enseñanza básica, desde temprana edad comenzó a trabajar en el área forestal para colaborar en casa porque el dinero no abundaba. Pasaron los años y conoció a Bernardita, tuvieron un pololeo fugaz, solo de meses y contrajeron

y observaron los hechos, percatándose tanto de la discusión previa, del disparo, así como del instante y la forma en que se produjo la muerte de su madre”.

El arma de fuego señalada, empelada en la comisión de este hecho, corresponde a una escopeta de un cañón, marca “ Baikal”, calibre 12, número de serie 94042232, la cual era tenida por el acusado Fuentealba Valdebenito en el domicilio ya indicado, sin las autorizaciones legales correspondientes.

A juicio del Ministerio Público y el querellante, los hechos antes descritos configuran el delito de femicidio, previsto y sancionado en el artículo 390 bis del Código Penal y el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9 inciso 1º, en relación con el artículo 2 letra b) de la Ley 17.798, ambos ilícitos en grado de consumados, correspondiéndole al acusado participación en calidad de autor.

Agrega que concurren la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal y la circunstancia agravante del artículo 12 N° 9 del Código Penal.

Por lo anterior, el Ministerio Público y el querellante requiere se imponga al acusado SAMUEL DE LA CRUZ FUENTEALBA VALDEBENITO, por el delito femicidio la pena de presidio perpetuo calificado; y por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, más las penas accesorias.

matrimonio el 19 de junio de 2015. Al principio, el matrimonio fue normal, pero al poco andar, ello cambió.

En principio hubo problemas por los hijos mayores de Bernardita que eran difíciles de controlar, eran algo rebeldes, pero principalmente problemas con Bernardita por dinero; el imputado era el sostenedor de la familia y la mantenía, pero no era suficiente. Entonces, comenzaron las humillaciones. Llegó el 11 de abril de 2019, donde se produjo un incidente entre Samuel y Jonathan, el hijo mayor de Bernardita, quien le propinó golpes en el rostro a Samuel; esa discusión generó lo que ocurrió el día después, porque en la madrugada del 12 de abril, Samuel escuchó que le querían hacer daño, se fue a su jornada laboral, regresó a media tarde, se produjo nuevamente una discusión con Bernardita por el tema de dinero, y la circunstancia fue tan brutal en la cabeza de Samuel, la acumulación de humillaciones sufridas, que no aguantó más: tomó un arma y disparó provocando la desgraciada muerte de Bernardita.

Hay un acto típico y antijurídico, pero estima que no hay culpabilidad porque el acusado, con conducta irreprochable, que tiene un problema cognitivo, puede estar cubierto en su actuar por un estado de necesidad exculpante como eximente absoluta o incompleta, su imputabilidad está disminuida. El acusado declarará en el juicio y dirá lo ocurrido, la defensa rendirá pruebas que sustentarán lo planteado. Estima que si se acredita la eximente de estado de necesidad exculpante el acusado deberá ser absuelto (Mañalich, 2013, pp. 723-724).

Sin embargo, el Tribunal no estimó que el imputado haya estado en una posición de necesidad, y considera que el sacrificio de la vida de su cónyuge no explica la respectiva preponderancia del bien jurídico que se salva, o se pretenda salvar, por lo que el problema de mayor envergadura está en la ponderación de bienes jurídicos. Es así como el tribunal en especie no considera que se cumplan los cuatro requisitos indicados en el respectivo estado de necesidad exculpante.

Precisamente lo que nos interesa analizar es el cuarto requisito en estudio respecto del caso.

En dicho contexto, el sacrificio del bien amenazado, es decir, la muerte de su cónyuge por miedo o temor a una muerte en coautoría de la cónyuge fallecida no es lo suficientemente razonable para una persona exigida, a pesar de que el imputado no contaba con las capacidades mentales de un hombre medio, y aun constan los malos tratos hacia su persona y el temor de perder a su hija con la que compartía el cuidado con la occisa.

Sin embargo, nos parece que en caso de especie lo señalado por Van Weezel resulta claro, en el sentido de que carece de sentido la circunstancia cuarta, ya que al imputado se le exige mantener una conducta diferente a la de atentar contra la vida de su cónyuge aun cuando constaba en autos la procedencia de malos tratos y riesgo de muerte ya antes indicada.

Por lo anterior creemos que este último requisito en análisis no responde con claridad a criterios de política criminal, aun cuando autores como Vargas (2013,

p. 754) indican que la referencia final alude derechamente a la exigibilidad, aunque respecto del mal que se quiere evitar y no del mal causado para tal fin. La mención, al igual que el propósito declarado en la tramitación de la Ley N° 20.480 de incluir un estado de necesidad distinto del que escribe el N° 7, lleva a acotar que se trata de la consagración de un “estado de necesidad exculpante”.

Por consiguiente, la ponderación del mal –que el imputado pretende evitar atentando contra la vida de su cónyuge *versus* el temor de ser su víctima en coautoría con uno de sus hijos– es la dificultad de que el derecho autoriza afectaciones iguales a otras que se quieren evitar, menos afectaciones mayores, cuando existe igual o mayor protección o derecho de protección, es lo que parece explicar la exención (Vargas, 2013, p. 755).

CONCLUSIÓN

La revisión pormenorizada de los elementos integradores del estado de necesidad exculpante en el Código Penal chileno, junto con la revisión de la jurisprudencia relevante, nos permite afirmar que la aplicación del estado de necesidad exculpante en la práctica judicial chilena es compleja y que se requiere una mayor claridad y precisión en su aplicación.

Se ha identificado que la falta de claridad en la definición de los elementos integradores, así como la falta de criterios claros para su aplicación, han generado inseguridad jurídica en su utilización, lo que puede tener consecuencias negativas para la justicia y la protección de los derechos humanos.

De los hallazgos de esta investigación se han propuesto criterios precisos con el fin de aplicar correctamente el estado de necesidad exculpante en la jurisprudencia chilena. Estos razonamientos, basados en el análisis de la legislación y la jurisprudencia, permiten una aplicación más clara y precisa del estado de necesidad exculpante, en aras de salvaguardar los derechos humanos y promover la justicia.

En concreto una posible solución para mejorar la aplicación del estado de necesidad exculpante en la jurisprudencia chilena es la implementación de una guía de criterios interpretativos para la correcta aplicación de los elementos integradores del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno. Esta guía permitiría a los operadores jurídicos contar con una herramienta útil para la toma de decisiones más justas y precisas en casos que involucren la aplicación del estado de necesidad exculpante.

Finalmente creemos que es un deber hacerse cargo de la voz “sustancialmente”, y aun cuando se ofreció líneas más arriba una posible solución respecto de la interpretación teleológica, es necesaria la clarificación del significado de “sustancialmente”.

Una posibilidad es aplicar el análisis de la jurisprudencia y la doctrina relevante y elaborar definiciones más precisas de este elemento integrador. De esta manera, se podrían reducir las diferencias interpretativas y se permitiría una aplicación más

clara y precisa del estado de necesidad exculpante. Incluso, es posible llegar a considerar la elaboración de directrices o guías para la aplicación del estado de necesidad exculpante que incluyan criterios específicos para la evaluación de este elemento desde un punto de vista del legislador penal.

REFERENCIAS

- ACOSTA SÁNCHEZ, JUAN DOMINGO (2013). Artículo 10 N.ºs 7º y 11º del Código Penal. Algunos criterios de delimitación. En A. Van Weezel (Coord.). *Humanizar y renovar el derecho penal – Estudios en memoria de Enrique Cury* (pp. 691-713). Thomson Reuters.
- CASTILLO MORALES, JUAN PABLO (2016). El estado de necesidad del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa. *Política criminal*, 11(22), 340-367.
- CILLERO, MIGUEL; COUSO, JAIME; HERNÁNDEZ, HÉCTOR y MERA, JORGE (2011). *Código Penal comentado. Libro I*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- CURY URZÚA, ENRIQUE (2020). *Derecho penal parte general. Tomo I* (11.ª ed.) (Santiago: Ediciones UC).
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO (1997). *Derecho Penal. Tomo I* (3.ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO (2015). *Lecciones de derecho penal. Tomo I*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae.
- GUERRA ESPINOSA, RODRIGO (2014). “Estado de necesidad exculpante: A propósito de actos de defensa por efectos del maltrato a partir de un caso emblemático”, en: *Revista de Derecho* Universidad San Sebastián, pp. 16-76.
- HURTADO POZO, JOSÉ (1974). La interpretación de la ley en el derecho penal. *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho* (32), 162-177.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS (2016). *Culpabilidad y pena* (2.ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LISZT, FRANZ VON (1899). *Tratado de derecho penal. Tomo I*. Ediciones Valletta.
- MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO (2013). El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno. En *Humanizar y renovar el derecho penal*, en A. Van Weezel (Coord.). *Humanizar y renovar el derecho penal – Estudios en memoria de Enrique Cury* (pp. 715-742). Thomson Reuters.
- MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, M^a CECILIA (2021). *Manual de derecho penal chileno, parte especial* (4.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- NAVAS MONDACA, IVÁN (2022). *Lecciones de derecho penal chileno*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PAWLIK, MICHAEL (2015). Una teoría del estado de necesidad exculpante. *InDret Revista para el análisis del Derecho* (3-33).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s/f). Sustancial. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 10 de febrero de 2023, de <https://dle.rae.es/sustancial>.

ROXIN, CLAUS (1997). *Derecho Penal. Tomo I* (2.^a ed.) Múnich: Civitas.

VARGAS PINTO, TATIANA (2013). ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11. En *Humanizar y renovar el derecho penal* A. Van Weezel (Coord.). Humanizar y renovar el derecho penal – Estudios en memoria de Enrique Cury (pp. 734-743). Thomson Reuters.

VARGAS PINTO, TATIANA (2022). *Código Penal* (22.^a ed.). Santiago: Thomson Reuters.

Normas citadas

Código Penal alemán. 15 de mayo de 1871, última reforma 31 de enero de 1998.

Código Penal español. Ley Orgánica de 1995. 24 de noviembre de 1995 (España).

Decreto 321 de 1925 [ley]. Modifica el Código Penal, sanciona el femicidio y aumenta las penas aplicables a este delito. 18 de diciembre de 2010. D.O 45.595.

Jurisprudencia citada

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, R.I.T.: O-166-2012, 27 marzo 2013.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, R.I.T.: O-77-2018, 22 junio 2018.

Juzgado de Garantía de Antofagasta, R.I.T.: O-6338-2020, 5 septiembre 2022.

