

ANÁLISIS DE LAS CARACTERÍSTICAS MÁS RELEVANTES DEL ESTADO DE NECESIDAD ESTABLECIDO POR LA LEY 20.480

*Analysis regarding the more relevant
characteristics of the necessity in the
law 20.480*

VÍCTOR MANUEL VIDAL MOYA*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

RESUMEN: En el presente artículo, el autor ofrece una revisión de las características más relevantes de la nueva causal de estado de necesidad introducida en Chile por la Ley n° 20.480 y su incorporación dogmática a la teoría del delito. Se entregan algunos antecedentes respecto de su origen y se exponen fundamentos que permiten explicar el carácter doble de su naturaleza jurídica: causal de justificación o causal de exculpación, dependiendo del análisis comparativo entre el mal causado y mal evitado. En el trabajo se revisan los requisitos impuestos por el legislador para su aplicación, la interpretación que puede otorgárseles y los problemas que se advierten en su formulación.

PALABRAS CLAVE: Estado de necesidad - causal de justificación - causal de exculpación

ABSTRACT: In this paper, the author offers a review of the most relevant features of the new legal excuse of necessity, introduced

* Abogado. Candidato a Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile. Fiscal Adjunto Fiscalía Centro Norte. Profesor de Derecho Penal Universidad Bernardo O'Higgins y Pontificia Universidad Católica de Chile. <vvidal@minpublico.cl>

Artículo recibido el 2 de octubre de 2012 y aprobado el 30 de septiembre de 2013.

in Chile by Law n° 20.480, and its dogmatic incorporation into criminal law theory. The author presents some antecedents about its origin, and exposes some reasons that explain the double role of its legal nature: justification or exculpation, depending on comparative analysis between the harm caused and the harm avoided. In this essay are reviewed the conditions imposed by the legislator for its application, possible interpretations of these conditions, and the problems that can be noticed in the formulation of the same conditions.

KEY WORDS: Necessity - legal justification - legal exculpation

INTRODUCCIÓN

La Ley n° 20.480¹ de 18 de diciembre de 2010, en materia de teoría del delito, introdujo una de las más importantes modificaciones de los últimos años: utilizando el numeral 11 del artículo 10, derogado el año 1953 y primitivamente ocupado por una eximente de responsabilidad establecida en favor del marido que atentaba contra su mujer y cómplice con motivo del adulterio flagrante², se incorporó una eximente de responsabilidad penal fundada en el estado de necesidad, de naturaleza muy discutible.

Transcurrido más de un año desde su promulgación, considerando la jurisprudencia casi inexistente³ y la escasa literatura que se haga cargo de un examen de la causal, se hace necesario explorar un análisis que permita

¹ Artículo 1°: “Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código PenalCódigo Penal: 1) Agregase en el artículo 10, el siguiente número 11: El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviere o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

² Ley n° 11.183 de 1953.

³ Tribunal de Juicio Oral de Puente Alto, *Ministerio Público contra Karina del Carmen Sepúlveda Cisternas* (2013, rol único de causa 1101060685-5), único fallo de connotación pública existente a la fecha de edición en que se aplica la eximente en estudio.

establecer el modo en que se incorpora dogmáticamente en el estudio de teoría del delito y su correcta interpretación.

Al revisar la historia de la ley que introduce esta causal y en especial la moción parlamentaria de la Cámara de Diputados que le da origen⁴, se advierte inmediatamente su contexto: la difusión en los medios de comunicación de delitos de gran connotación pública, en especial los cometidos contra la mujer. Lo expuesto motivó a que durante la tramitación de la ley se elaboraran distintos proyectos que además de tipificar el femicidio, disponían otras modificaciones legales tendientes a agravar la responsabilidad de quienes cometen actos ilícitos dentro del contexto intrafamiliar, en ese contexto se introduce esta causal eximente de responsabilidad penal. Dentro de la discusión parlamentaria se buscó promover la exculpación de la mujer que atenta contra quien ejerce sobre ella violencia, proponiendo distintas modificaciones al miedo insuperable y fuerza irresistible, con el objeto de ampliar su ámbito de aplicación. Durante la tramitación, la Cámara de Diputados propuso agregar al final del numeral 9 del artículo 10 del Código penal la expresión final: “o bajo la amenaza de un mal grave e inminente”, luego el Senado rechazó la modificación, enmienda que no fue acogida en la Cámara de Diputados en el tercer trámite constitucional.⁵ Fue en definitiva en el seno de la comisión mixta donde el profesor Enrique Cury formula la redacción original de la causal objeto de estudio⁶, la cual salvo la introducción de la circunstancia 3ª que se agregaría más tarde, mantuvo en buena medida el formato inicial propuesto.

⁴ Incluye los motivos que le dieron origen. Historia de la Ley n° 20.480, pp. 4-6, disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/27994/1/HL20480.pdf>>, fecha consulta: 25 septiembre 2013.

⁵ Ídem., pp. 441 y ss.

⁶ Sobre el particular, el profesor Enrique Cury en primer término señaló que comprendía la posición adoptada por el Senado debido a que, en su opinión, la norma propuesta por la Cámara de Diputados no se encuentra técnicamente bien construida en términos que permita cubrir la situación de no exigibilidad de otra conducta por parte de las mujeres maltratadas que, posteriormente, son victimarias. Señaló que la idea que se intentó plasmar por la Cámara proviene de una norma contenida en el Código penal alemán, y señaló que una disposición similar se encuentra contenida en el artículo 54 del Código penal italiano. Indicó que entiende que el propósito o idea que originó la propuesta de la Honorable Cámara de Diputados es el de ampliar el concepto de estado de necesidad exculpante, que establece, con muchas limitaciones, la causal séptima del artículo 10 del Código penal, objetivo que, estimó, no está adecuadamente plasmado en el texto que dicha Cámara aprobó, y propuso, en su remplazo, introducir una nueva causal undécima en el citado artículo décimo del Código penal. *Cfr. Ídem.*, pp. 448 y ss.

Más allá de que la historia del establecimiento de la causal permita conocer la voluntad del legislador al momento de su forjamiento, no caben dudas de que se trata de una eximente de responsabilidad penal que excede con creces el contexto en que se aprobó, incluso abarcando situaciones que probablemente nunca se previeron durante los meses de su tramitación como ley, algunas de ellas se exponen en el presente trabajo.

I. ESTADO DE NECESIDAD Y SU DOBLE NATURALEZA JURÍDICA

Establecida la afectación de un bien jurídico por medio de una conducta típica y frente a la existencia de normas permisivas, es necesario examinar otras circunstancias. Así sucede en los casos en que se presenta una colisión de intereses o deberes.

De la formulación de la disposición que se introduce al Código punitivo nacional, se advierte que se trata de un caso de estado de necesidad: la referencia "*al que obra para evitar un mal grave*" provocando otro mal, no deja dudas sobre la presencia de colisión de intereses o colisión de deberes, muy distinta a la que nace de una agresión ilegítima que da origen a la legítima defensa.⁷ Se trata de un estado de peligro para intereses que solo pueden evitarse mediante lesión de legítimos intereses ajenos.

En algunos casos la lesión de intereses ajenos es permitida por el ordenamiento jurídico, en tales eventos enfrentamos situaciones de estado de necesidad justificante. En otras oportunidades, la lesión de intereses ajenos no es permitida pero, resulta no reprochable en razón de la existencia de circunstancias que limitan la libertad del autor, en tales casos enfrentamos situaciones de estado de necesidad exculpante.

El primer problema de interpretación que plantea la norma, subyace en la determinación de si estamos frente a una causal de exculpación o alguna que revista un carácter doble, justificante y exculpante. La discusión sobre este punto no es nueva en Derecho comparado, en España al tenor del artículo 20 numeral 5 del Código del ramo, que consagra una formulación de estado de necesidad semejante al objeto de estudio, en el sentido que

⁷ Un resumen del desarrollo del fundamento del estado necesidad en Alemania, a propósito del estudio del estado de necesidad justificante encontramos en STRATENWERT (2005) pp. 243 y ss.

permite evitar males mayores y equivalentes⁸, se mantienen distintas posiciones. Existen autores que señalan que estamos solo frente a una exculpante, otros que se trataría de una causal justificante y exculpante e incluso existen quienes plantean que se trata solo de una causal de justificación.⁹ En Alemania la diferenciación entre estado de necesidad justificante y exculpante se presenta con menor impacto atendida la diferenciación normativa con que se expresa uno y otro en las secciones 34 y 35 de su Código penal.¹⁰ En Chile ya se ha dado inicio a distintas opiniones entre juristas.¹¹

Existen razones para estimar que estamos frente a una causal de exculpación: la historia de su establecimiento, la subsistencia de la clásica justificante de estado de necesidad prevista en el artículo 10 numeral 7, el requisito de exigibilidad de su circunstancia 4ª y la referencia a males causados para evitar otros de carácter equivalente o superior, así lo pueden hacer parecer.

A pesar de lo expresado, existen otros argumentos para estimar que estamos frente a una causal eximente de doble naturaleza, conforme a lo que se planteará, subyace en esta eximente una causal de exculpación y una causal de justificación de responsabilidad penal.

En primer término, la historia fidedigna del establecimiento de la ley, permitiría inferir el origen exculpante de la causal, ya que su propio autor material le otorgó esa denominación al proponerla a la comisión mixta del Congreso.¹² A pesar de lo señalado, en ningún momento en la historia de la

⁸ Artículo 20: “*Están exentos de responsabilidad criminal: 5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”.

⁹ Una síntesis de las distintas teorías expuestas en España y Alemania. En opinión de BUSTOS (2007) pp. 581 y ss.

¹⁰ ROXIN (1997) pp. 895 y ss.

¹¹ Así, en opinión de SANTIBÁÑEZ y VARGAS (2011) pp. 200 y ss., representan los supuestos bajo los cuales estiman que se trata de una causal de justificación y causal de exculpación. Mientras que Jaime COUSO (Cfr. COUSO *et al.* (2011) pp. 234 y ss.) cuestiona el tratamiento separado de la causal 7 y 11 del artículo 10, y Héctor HERNÁNDEZ (*ídem.*, pp. 270 y ss.) explica que se trata exclusivamente de una causal exculpante y expone razones fundamentadas de lo que expresa.

¹² Historia de la Ley n° 20.480, pp. 448 y 452, disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/27994/1/HL20480.pdf>>, fecha

ley se advierte rechazo a su aplicación como justificante a algunos de los supuestos que puedan presentarse, dicha discusión jamás fue abordada en el seno de la comisión en que se debatió. Además, debemos considerar que éste es solo uno de distintos parámetros a observar en un proceso hermenéutico y de ninguna manera un elemento autosuficiente¹³, de ser entendido como el único parámetro, la causal solo encontraría aplicación en situaciones de violencia contra la mujer atendido el claro contexto de la Ley n° 20.480, sin embargo, muy por el contrario, parece no controversial exponer que estamos frente a una cláusula general de estado de necesidad. De esta manera, el sentido y alcance de la norma parece no quedar sujeto a este solo parámetro.

En segundo lugar, la subsistencia de causal clásica de estado de necesidad tampoco determina que la nueva causal exprese únicamente una formulación exculpante. El estado de necesidad tradicional subsiste para casos tan marginales que algunos autores ya abogan por el tratamiento unitario del estado de necesidad justificante del numeral 7 y algunos supuestos del numeral 11.¹⁴ Se comparta esa opinión o no, la discutible existencia de una causal de justificación que permite atender únicamente contra la propiedad, no representa un obstáculo para aceptar otras, en la medida de que se sostenga en los mismos fundamentos justificantes.

En tercer término, el establecimiento de la circunstancia 4ª, que alude expresamente inexigibilidad del sacrificio, tampoco determina que se esté únicamente frente a una exculpante. Es posible otorgar distintas interpretaciones al requisito, como situaciones de exigencia de soportar el mal a determinadas personas o bajo determinados supuestos, tema común al estado de necesidad justificante y exculpante o inclusive, suponiendo que se quiera ver solo la exigencia de inexigibilidad de otra conducta propia de la exculpación, simplemente podrá predicarse que quien obra justificadamente cumple el requisito en la generalidad de los casos, por cuando el ordenamiento no exigirá el sacrificio a quien obra lícitamente evitando males mayores que los causados, correspondiendo la circunstancia 4ª una restricción únicamente aplicable a las situaciones en que la causal opera como exculpación. La inclusión de requisitos de discutible aplicación o poco comunes a la naturaleza de la causal no son determinantes en la definición de su esencia, son más bien propios a la naturaleza doble que mantiene la eximente. A mayor abundamiento, también se advierten requisitos más familiarizados con justificantes,

consulta: 25 septiembre 2013.

¹³ Cfr. CURY (2005) p. 196.

¹⁴ Cfr. Couso *et al.* (2011) pp. 234 y ss.

como lo son la circunstancia 2ª de subsidiaridad y no por eso se predicará que la naturaleza de la causal corresponde a una causal de justificación de modo exclusivo.

En cuarto lugar, tan importante o de mayor significado que los razonamientos anteriores, resulta ser que no es posible obviar que el ordenamiento jurídico justifica, estimando como no contrarias a derecho, aquellas conductas en que se causa un mal para evitar un mal de mayor entidad, fundado en el principio del interés preponderante¹⁵, esto quiere decir que frente a un interés existe otro de mayor valor que justifica la conducta. Respecto de aquellas conductas que importan males causados para evitar otros males de igual o menor entidad, el ordenamiento las reprueba, calificándolas como antijurídicas, solo las exculpa en la medida de que exista una voluntad afectada por condiciones tales que no sean exigibles a los ciudadanos obrar de otra manera ajustada a derecho.¹⁶ En este orden de ideas, la eximente en estudio ofrece una causal de justificación para quien evite un mal mayor que el causado y una causal de exculpación para los otros casos.

A mayor abundamiento, tampoco resulta posible pasar por alto la infracción al principio de igualdad de tratamiento jurídico que se daría a situaciones análogas. La ausencia de antijuricidad que se observa en el tratamiento de la causal clásica de estado de necesidad del artículo 10 numeral 7 es la misma que se presenta en algunas hipótesis del numeral 11, si en ambos casos se causa un mal menor para evitar un mal mayor, no es equitativo que se otorgue un tratamiento distinto en uno y otro caso.

Por último, no es justo que simplemente se exculpe a quien por naturaleza ha realizado una conducta justificada por el ordenamiento jurídico. Bajo ambos parámetros se eximirá de responsabilidad, pero diferenciar si se aplica únicamente como exculpante o como justificante y exculpante, dependiendo de los males en tensión, conlleva importantes efectos dogmáticos y prácticos. Así sucede en materia de participación, respecto de un autor que obra bajo el amparo de la causal, de estimarse que solamente opera como causal de exculpación, los partícipes del hecho serán penalmente responsables, en cambio, si se estima que atendida la naturaleza del mal que se trata de evitar estamos frente a una conducta justificada, deviene la absoluta y correspondiente

¹⁵ NÁQUIRA (1998) p. 255. Fundamenta la causal de estado de necesidad justificante en el interés preponderante.

¹⁶ En sentido semejante, al tratar la no exigibilidad de una conducta ajustada a derecho, NÁQUIRA (1998) pp. 412 y ss.

impunidad de quien colabora en una conducta lícita.¹⁷ También sucede en materia de legítima defensa, una conducta que se ejecuta en virtud de un estado de necesidad justificante no configura agresión ilegítima, a diferencia de la que deriva de un estado de necesidad exculpante.¹⁸ Lo mismo sucede en materia de responsabilidad civil, la que en principio solo deriva de un hecho ilícito, en razón de ello, quien actúa justificado está en una situación enteramente distinta de quien actúa exculpado.¹⁹

En definitiva, si el mal causado es menor que el que se evita, estamos frente a una causal de justificación, conducta típica no prohibida por el derecho. Si el mal causado es igual o mayor al que se evita, estamos frente a una causal de exculpación, conducta típica y prohibida por el derecho, no exigible al sujeto.

II. ANÁLISIS DE ASPECTOS DE EXTENSIÓN DE LA CAUSAL

1. *Bienes jurídicos susceptibles de protección*

Como causal de justificación, en relación a la causal tradicional del artículo 10 numeral 7, la nueva disposición restringe los bienes jurídicos susceptibles de protección, ya que no admite protección de bienes jurídicos de carácter colectivo y tratándose de los personales, solo a aquellos casos que se vean enfrentados a un mal calificado de *grave*.²⁰ No se entiende derogada la causal de justificación preexistente, que admite protección de los bienes jurídicos en la forma referida. La causal tradicional no es totalmente contenida por la nueva norma.

Como causal de exculpación, al referirse únicamente a bienes o derechos propios o de un tercero, restringe los bienes jurídicos susceptibles de protección en relación a las clásicas causales de inexigibilidad previstas en el artículo 10 numeral 9, ya que las causales de miedo insuperable y fuerza irresistible no admiten ningún límite legal en este punto.

¹⁷ CURY (2005) pp. 641 y ss.

¹⁸ ROXIN (1997) p. 897.

¹⁹ *Cfr.* BUSTOS (2007) pp. 756 y ss.

²⁰ Sobre la amplitud de los derechos y bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos por la causal preexistente de estado de necesidad justificante, NÁQUIRA (1998) p. 255.

2. Bienes jurídicos susceptibles de afectación

Como estado de necesidad justificante, la justificación ya no se limita a la afectación de la propiedad, sino que a cualquier bien jurídico. El único límite que existe es el que mantiene conforme a su naturaleza justificante: el mal causado no ha de ser igual o superior al mal que se trata de evitar, en caso de resultar así, solo puede operar como causal de exculpación. Aun cuando resulta pacífico que la ponderación de los males que amenazan los bienes jurídicos no corresponde simplemente a una valoración abstracta de los bienes en tensión, el examen del bien jurídico afectado es un parámetro determinante para apreciar dichos límites.

Como exculpante fundada en la inexigibilidad, no presenta novedades a las causales de miedo insuperable o fuerza irresistible, que no registraban limitación en este punto. La única restricción opera en la valoración de los males, ya que en ningún caso el mal causado ha de ser sustancialmente superior al evitado. Sobre este último parámetro, las clásicas causales de inexigibilidad clásicas se presentan más amplias, sin restricción legal de que el mal causado no deba ser sustancialmente superior al evitado.

III. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS LEGALES DE LA CAUSAL DE ESTADO DE NECESIDAD

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

Por “mal” debemos entender cualquier menoscabo jurídico, el que puede provenir de la naturaleza, el hombre o las cosas²¹, en esta parte no existen diferencias o innovaciones en relación a la causal de justificación preexistente.

Sobre la admisión de la justificante en aquellos casos en que el mal es causado por el propio sujeto, comparto la opinión de que la justificación no es admisible si la situación de necesidad es causada intencionalmente por el autor, ahora con mayor sustento legal gracias a la inclusión de la circunstancia 4ª que admite interpretación en este sentido, como se expondrá.

Respecto del uso de los términos “actualidad” o “inminencia” del mal que se trata de evitar, en principio parece no innovar a la exigencia análoga del estado de necesidad justificante clásico, entendiéndose por tal la

²¹ ROXIN (1997) p. 903.

afectación de un bien jurídico o amenaza de un mal sobre un bien jurídico de manera muy próxima. Constituyen un mal inminente aquellas situaciones de peligro permanente, en que se presenta una situación de riesgo susceptible de convertirse en daño que se extiende en el tiempo.²²

Es importante destacar la utilización de la expresión “actualidad” en vez de “realidad”, usada por el tradicional estado de necesidad justificante. Aun cuando no haya sido objeto de discusión al momento de su establecimiento, de esta diferencia es posible interpretar que la causal, en su dimensión exculpante, puede comprender la concurrencia de males imaginarios o aparentes. Entenderlo de un modo distinto importa desconocer el fundamento de la inexigibilidad: mal formación de la voluntad por circunstancias excepcionales que afectan la motivación o libertad. La inexigibilidad está presente tratándose de males imaginarios o aparentes si un sujeto los vive como reales. Como causal de justificación no resulta aprovechable esta sustitución, ya que el juicio de antijuricidad demanda realidad, las posibles situaciones de error solo inciden en la culpabilidad del sujeto.

2. *Que no sea sustancialmente superior que el causado para evitarlo*

Resulta pacífico que la ponderación lo es sobre los males que amenazan los bienes jurídicos y no los bienes jurídicos en sí.²³ Se impone un límite objetivo a los males causados, no de carácter intrínseco, sino relativo al mal que se pretende evitar. La evaluación no tan solo se vincula a la jerarquía de bienes jurídicos afectados, sino que ha de considerar otros factores importantes como lo son la intensidad de la afectación, grado de proximidad del peligro del mal y magnitud del daño con que se amenaza al titular del bien jurídico.²⁴ La determinación es objetiva y concreta.

La restricción como estado de necesidad justificante o exculpante no la provoca el texto, sino que se sitúa dentro del marco dogmático, en los casos en que se ejecuta un mal menor que el evitado, estamos frente a la causal de justificación, en los casos en que se ejecuta un mal igual o superior (no sustancial) que el evitado, configura la causal de exculpación.

El límite que se impone en la expresión “*que no sea sustancialmente superior al evitado*”, restringe objetivamente la causal en su aspecto exculpante. En el caso de que el mal causado sea sustancialmente superior al evitado, aún

²² Citando expresamente al “*tirano familiar*” entre otros ejemplos, ROXIN (1997) p. 903.

²³ En este sentido y a propósito del estado de necesidad justificante, NÁQUIRA (1998) p. 256.

²⁴ Con matices, ZAFFARONI *et al.* (2002) p.635.

podrían operar las causales tradicionales de inexigibilidad, que no registran restricción legal en tal sentido.

3. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo

Representa el carácter subsidiario del estado de necesidad. Como causal de justificación, se restringe de la misma manera que lo hace el estado de necesidad del numeral 7°. En general ha de entenderse como la exigencia de que no exista otro medio que permita lograr el objetivo de evitar un mal con menor costo para los bienes jurídicos afectados, conforme al criterio hombre medio razonable y prudente, en la situación concreta en que se encontraba.²⁵

Como justificante, la restricción parece adecuada para invocar la licitud a la conducta, en cambio como exculpante, atendida a que su fundamento es la inexigibilidad, no debería contener una exigencia de subsidiaridad, la exigibilidad puede estar ausente inclusive en casos en que no se ha optado por el medio practicable menos perjudicial. Una exigencia distinta pero, equiparable en su objetividad, existe en la causal de cumplimiento de órdenes antijurídicas, en que nuestra legislación exige la representación de la orden. Una restricción de ese tipo se explica en el carácter objetivo de la exculpante, por cuanto sólo supone, sin necesidad de que realmente ocurra, una alteración importante de las circunstancias que motivan la voluntad. Si al estado de necesidad exculpante se le exige la concurrencia real de la malformación de la voluntad motivada por las circunstancias concomitantes, no se hacen necesarias restricciones de este tipo.

La exigencia de subsidiaridad representa un obstáculo tal que dificulta la aplicación de la eximente, inclusive para aquellos casos que avalaron su establecimiento. Así sucede frente al peligro permanente que representa la actuación del “tirano del hogar”, difícilmente podrá dar cumplimiento al requisito si el autor hubiera podido repeler el peligro mediante solicitud de ayuda a la autoridad pública o abandonando el hogar común (salvo situaciones extremas en que ello resultare ineficaz). En esto se diferencia del miedo insuperable y fuerza irresistible y nuevamente deja en evidencia la escasa necesidad de la inclusión de esta nueva causal como exculpante, atendido el amplio campo de disculpa que ofrecen las causales tradicionales del artículo 11 numeral 9 del Código penal chileno.

²⁵ En este sentido y a propósito del estado de necesidad justificante, NÁQUIRA (1998) p. 258.

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

Es posible otorgar aplicación a este último requisito en la discusión de si se admite o no justificación o exculpación para aquellos casos en que la situación de necesidad es causada por el autor. Resulta exigible el sacrificio del bien amenazado a quien provoca la situación de necesidad intencionalmente, ya que no estarían presentes los fundamentos que justifican la causal, solo se busca una lesión de bienes jurídicos buscando la impunidad. Más discutible puede parecer exigir el sacrificio para aquellos casos de mera causación intencional del mal (que es distinto a provocar la situación de necesidad) o la causación negligente de la situación de necesidad o del mal.²⁶ El estado de necesidad justificante preexistente del numeral 7º no tiene límites legales sobre este punto, sin embargo la doctrina ya planteaba la misma discusión sin apoyo normativo positivo.²⁷

También resulta susceptible de ser aplicada esta circunstancia en función de la clásica exigencia de obligación de mayores umbrales de resistencia a determinados individuos conforme a las funciones sociales que cumplen, común a las tradicionales causales de inexigibilidad, en ese sentido, su inclusión positiva no aparecería significativa, solo importaría nuevamente la expresión de una discusión dogmática relativamente pacífica.

Sin perjuicio de las situaciones de particular exigencia referidas anteriormente, es posible ofrecer una interpretación más general aun. Atendido a que se requiere que el sacrificio del bien amenazado no pueda ser razonablemente exigido, solo sería susceptible de favorecerse por esta causal aquel sujeto en quien concurre efectivamente una alteración del contexto que perturbe significativamente su voluntad o libertad, de manera tal que el sacrificio no le sea exigible como demanda la norma, por el contrario, el sacrificio del bien amenazado le será razonablemente exigible si no existe alteración significativa del contexto situacional normal. Para los casos en que el estado de necesidad opera como justificante el ordenamiento no exige sacrificio o resistencia a quien obra lícitamente para evitar un mal mayor, motivo por el cual el requisito sería genéricamente cumplido por quien causa un mal menor que el evitado.

²⁶ Se extiende latamente sobre el punto ROXIN (1997) p. 915.

²⁷ A propósito, NÁQUIRA (1998) p. 257.

Hasta antes del examen de esta circunstancia solo se habían tratado elementos objetivos de la exculpante: actualidad o inminencia de un mal, que el mal causado no sea sustancialmente superior al mal que se trata de evitar y exigencia de subsidiaridad. Con este numeral el legislador demanda la presencia real de la alteración del contexto que altere significativamente la voluntad del sujeto. Ha de efectuarse un real juicio de exigibilidad, inclusive otorga la calificación del juicio: *“que el sacrificio del bien amenazado no pueda ser razonablemente exigido”*. Entendido así, este requisito se aleja al estado de necesidad de las causales de exculpación objetivas: cumplimiento de órdenes antijurídicas y encubrimiento de parientes, y se vincula nuevamente con aquellas causales que requieren acreditar una verdadera situación de inexigibilidad: *miedo insuperable* y *fuerza irresistible*.

IV. SUJETO A QUIEN SE EXIGE ESTAR EN SITUACIÓN DE INEXIGIBILIDAD

Una explicación aparte merece el análisis del sujeto a quien se exige estar en situación de inexigibilidad. Se advierte del texto que el sujeto favorecido por la causal de estado de necesidad puede ser quien aparta el mal de sí o un tercero que lo aparta de otro.

En aquellos casos en que el sujeto favorecido por la causal es quien aparta el mal de sí provocando otro, no representa controversias, donde se aprecian verdaderas dificultades interpretativas es al momento de tratar la hipótesis del tercero que aparta el mal de otro. Esta segunda hipótesis admite al menos dos interpretaciones diferentes:

- i) Más acorde con su redacción literal, ha de entenderse que la causal incluye al tercero que no sufre una alteración significativa de su voluntad por causa del contexto situacional anormal, que quita el mal de quien sufre una situación de inexigibilidad o de quien sufre el mal. Parece confirmar lo anterior la exigencia de conocimiento real o potencial por parte del tercero de la situación de inexigibilidad que afecta al expuesto a la situación de necesidad. Una situación de este tipo, aleja al tercero del ámbito de la exculpación por razón de inexigibilidad ¿cuál es la razón por la cual se exime de responsabilidad a este tercero? Si consideramos que el tercero no sufre ninguna situación de inexigibilidad, concluiríamos que se le otorga por medio de esta causal una verdadera excusa legal absolutoria. Distinto sería el caso de si al tercero se le exigiera estar en situación de inexigibilidad por su vínculo con el afectado, como se desprende de las causales tradicionales de miedo insuperable y fuerza irresistible.

- ii) Más acorde con una interpretación restrictiva y correctiva, ha de entenderse que la norma se refiere a la situación de exigibilidad que debe afectar al tercero que obra a favor de otro. Solo una interpretación de este carácter permitiría situar la actuación del autor dentro del marco de la exculpación por inexigibilidad. Por otra parte, una interpretación efectuada de este modo puede parecer más acorde con la redacción entregada por el párrafo 35 del Código Penal alemán, que el originario redactor supuestamente tuvo a la vista al momento de la formulación de la causal²⁸, en orden a la exigencia de vínculo entre el tercero que obra y el afectado por el mal.

Desafortunadamente la ambigua redacción, sumada a las expresiones *“siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”* hace parecer forzada una interpretación que promueva exigir al tercero estar en situación de verdadera inexigibilidad y tan sólo exigible tal situación al sujeto en cuyo favor el tercero actúa. Lo expuesto genera el efecto indeseado de permitir la posible exculpación de situaciones frente a las cuales aún no existe consenso social de efectuarlo”.²⁹

CONCLUSIONES

Se observa del examen de la causal eximente que es posible apreciar un doble carácter, con las siguientes observaciones:

Como justificante mantiene el mismo fundamento que el estado de necesidad tradicional, el que mantiene aplicación residual, otorgando protección a bienes jurídicos no personales y tratándose de bienes personales, a afectaciones “no graves”. Por otra parte, la creación de una causal de justificación que permite afectar bienes distintos a la propiedad constituye un avance enorme frente a causaciones de males para evitar otros de mayor envergadura que difícilmente encontraban sustento en otras justificantes.

Es en su dimensión exculpante donde se aprecian los mayores cuestionamientos. En primer lugar la entrecortada redacción de la circunstancia cuarta

²⁸ Historia de la Ley n° 20.480, p. 448, disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/27994/1/HL20480.pdf>>, fecha consulta: 25 septiembre 2013.

²⁹ Casos de vigilante nocturno o tercero que provoca aborto terapéutico, bajo hipótesis en que el contexto situacional del tercero que actúa no se vea afectado gravemente.

impide una determinación exacta de su alcance, en caso de que se interprete cubierto el tercero que obra sin estar condicionado por una situación de inexigibilidad, no queda claro su fundamento. En segundo lugar aparece con innecesarias restricciones, haciéndola parecer poco aprovechable como causal de inexigibilidad frente a otras más amplias como la fuerza irresistible o miedo insuperable. En parte el problema proviene de la redacción común compartida con la causal de estado de necesidad justificante, la que demanda límites importantes propios de una conducta justificada y lícita. Así sucede con la exigencia de subsidiaridad y la gravedad del mal que se trata de evitar. Las correctas restricciones de la causal de justificación constituyen un límite poco recomendable para una causal de estado de necesidad exculpante que aparece como innecesariamente restringido frente a las causales de inexigibilidad tradicionales. Una buena alternativa para evitar este dilema hubiese sido la elaboración de causales de estado de necesidad diferenciadas, con una justificante basada en la ponderación de intereses y una exculpante fundada en la inexigibilidad, con mejoras tales que permitieran la supresión del estado de necesidad tradicional preexistente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BUSTOS, Juan (2007): *Obras Completas Derecho Penal Parte General* (2ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) II Tomos.
- COUSO, Jaime, HERNÁNDEZ, Héctor, MERA FIGUEROA, Jorge y CILLERO BRUÑOL, Miguel (2011): *Código Penal Comentado, Parte General* (Santiago, Legal Publishing) 766 pp.
- CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal, Parte General* (7ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 812 pp.
- NÁQUIRA, Jaime (1998): *Derecho Penal, Teoría del Delito* (Santiago, Editorial MacGraw-Hill) 480 pp.
- SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana (2011): "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 38 n° 1): pp. 193 – 207.
- STRATENWERT, Gunter (2005): *Derecho Penal, Parte General* (Traducc. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, 4ª edición, Buenos Aires, Hammurabi) 568 pp.

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal, Parte General* (Traducc. y notas por Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas) 1071 pp.

ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho penal, Parte General* (2ª edición, Buenos Aires, Editorial EDIAR) 1083 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Penal (alemán) de 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traducc. Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 199. Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf>, fecha de consulta: 25 septiembre 2013.

Código Penal (chileno) de 1874 y sus posteriores modificaciones. Última versión de 20 de agosto de 2013. Disponible en <<http://bcn.cl/1g4v2>>, fecha de consulta: 25 septiembre 2013.

Código Penal (español), Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. *Boletín Oficial del Estado* n° 281, 24 noviembre 1995. Entrada en vigor: 24 mayo 1996. Disponible en <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>, fecha de consulta: 25 septiembre 2013.

Ley N° 11.183, introduce las modificaciones que indican en el Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, 10 junio 1953.

Ley N° 20.480, modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. *Diario Oficial*, 18 diciembre 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal de Juicio Oral de Puente Alto, *Ministerio Público con Karina del Carmen Sepúlveda Cisternas* (2013): 21 junio 2013, rol único de causa 1101060685-5 (sentencia definitiva absolutoria). Disponible en <<http://es.scribd.com/doc/153978361/Tribunal-Oral-en-Lo-Penal-de-Puente-Alto-21-de-Junio-de-2013>>, fecha de consulta: 25 septiembre 2013.

