



Universidad de Chile

Facultad de Derecho.

Departamento de Ciencias Penales.

**“ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL NUEVO NUMERO 11 DEL ARTÍCULO 10  
DEL CÓDIGO PENAL Y SU ALCANCE EN EL ABORTO TERAPÉUTICO”.**

Memoria para optar al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y  
sociales.

GABRIELA CARMEN TORO RODRÍGUEZ.

Profesor guía: Vivian Bullemore

Santiago, Chile

2015

*A mi madre por la inspiración e impulso.*

*A mi padre por el ánimo.*

*A mis hermanos por su comprensión y apoyo.*

*Y a María Jesús y Francisca por ese último empujón, tiempo y cariño.*

## RESUMEN

En este trabajo se analizará el artículo 10 n°11 del Código Penal, fue introducido el año 2010 con la reforma de este código contenida en la ley 20.480 que tipifica el delito de femicidio.

Este nuevo numeral se creó con la intención de dejar impune a la mujer quien debido a los reiterados maltratos de su pareja teme por su vida y por ello decide lesionarlo o incluso acabar con la misma. Para ello se agregó a la parte general del Código Penal en el artículo 10 que enumera las eximentes de responsabilidad penal una nueva causal.

Por lo tanto, se crea una nueva eximente de responsabilidad penal, y lo que pretendemos aquí, mediante la revisión de diversa doctrina al respecto, es definir la naturaleza de esta eximente (justificante o exculpante) y su alcance para, de esta manera, poder afirmar que, a través de esta norma, es posible dejar impune el aborto terapéutico, el cual desde 1990 en Chile no tiene legislación expresa y aparentemente existe una prohibición absoluta de este acto.

Este último objetivo surge bajo la idea de que tal prohibición absoluta no es posible, pues el derecho debe ser capaz de comprender que hay situaciones, al igual que en caso del delito del homicidio, en que no es posible exigir una conducta conforme a derecho dejando sin pena tanto a quien provoca como quien asiente en el aborto. Es así que llegaremos a la conclusión que este numeral siendo una eximente de responsabilidad exculpante es capaz de cumplir tal propósito.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I:</b> DEFINICIÓN Y EXPLICACIÓN DEL CONCEPTO “EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL” .....	4
<b>CAPÍTULO II:</b> EXPLICACIÓN Y DISTINCIÓN DE CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN Y DE EXCULPACIÓN .....	8
2.1. Causales de Justificación .....	9
2.2. Causales de exculpación .....	23
2.2.1. Causales de inimputabilidad .....	28
2.2.2. Causales de inexigibilidad .....	36
2.3. Diferencias entre causales de Justificación y de Exculpación .....	46
<b>CAPÍTULO III:</b> ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL DE CHILE .....	52

## **CAPÍTULO IV:**

EL ESTADO DE NECESIDAD .....	58
4.1. Concepto .....	59
4.2. Finalidad del estado de necesidad .....	62
4.3. Requisitos .....	65
4.3.1. Existencia de un peligro actual e inminente.....	70
4.3.2. Injusticia del mal que se trata de evitar.....	77
4.3.3. Imposibilidad de evitarlo por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno.....	80
4.3.4. Que el necesitado no haya dado lugar dolosamente al surgimiento del estado de necesidad.....	88
4.4. Diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa .....	93
4.5. Explicación de los diferentes estados de necesidad.....	96
4.5.1. Explicación detallada del Estado de necesidad justificante y exculpante .....	98
4.5.1.1. Estado de necesidad justificante .....	104
4.5.1.2. El estado de necesidad exculpante .....	112
4.5.2. Explicación del estado de necesidad agresivo y defensivo .....	124
4.5.2.1. Estado de necesidad agresivo .....	125
4.5.2.2. Estado de necesidad defensivo.....	126

**CAPÍTULO V:**

**ANÁLISIS DEL NÚMERAL 11 DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL**

**CHILENO..... 133**

5.1. Historia de su redacción ..... 135

5.2. Análisis de la norma ..... 152

5.2.1. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar..... 159

5.2.2. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo..... 162

5.2.3. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita ..... 165

5.2.4. 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..... 176

5.3. La “autoprovocación” en el estado de necesidad exculpante del 10 N° 11 ..... 184

5.4. El “estado de necesidad exculpante” y las eximentes del artículo 10 N° 9 (Fuerza irresistible y miedo insuperable) ..... 187

**CAPÍTULO VI:**

**ALCANCE DEL ARTÍCULO 10 N° 11 EN EL ABORTO TERAPÉUTICO ..... 195**

6.1. Sistemas de exención de responsabilidad del delito de aborto ..... 196

6.1.1. Sistema de plazo .....	198
6.1.2. Sistema de indicaciones .....	200
6.1.2.1. Indicación terapéutica.....	202
6.1.2.2. Indicación Eugénésica.....	209
6.1.2.3. Indicación Ético- Social .....	212
6.1.2.4. Indicación Socioeconómica .....	218
6.2. El Aborto en la Legislación Chilena .....	221
6.3. Principales argumentos doctrinales sobre la existencia del aborto terapéutico.....	248
6.3.1. Argumentos para negar la personalidad del no nacido y su derecho a la vida.....	248
6.3.2. Argumentos para afirmar la personalidad del no nacido y su derecho a la vida.....	253
6.3.3. Conclusiones de este análisis. ....	261
6.4. El aborto terapéutico y su naturaleza de estado de necesidad exculpante. ....	263
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>271</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>297</b>

## INTRODUCCIÓN

En Diciembre del año 2010, se promulgó la ley 20.480, la cual junto con modificar el artículo 390 del Código Penal, correspondiente al parricidio, agregó a saber, que al ser la víctima una mujer, este delito será conocido como femicidio, crea un nuevo numeral en el artículo 10 del mismo código, el número 11.

Este nuevo numeral prescribe lo siguiente: “El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1º Actualidad o inminencia de mal que se trata de evitar. 2º Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3º que el mal causado no sea sustancialmente superior a que se evita. 4º Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de si o, en su caso, a aquel de quienes lo aparta, siempre que ello estuviere o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

Del texto citado surgen muchas dudas. Algunas de ellas es si corresponde a una causal de justificación o de exculpación, y también si mediante este nuevo numeral se podrán dejar impunes actos como eutanasia activa o aborto terapéutico, los cuales actualmente están penados por la ley.

En este orden de ideas es que los objetivos de esta memoria será desarrollar dos hipótesis: primero, que en este numeral estamos frente un estado de necesidad exculpante, y segundo, que su alcance resulta aplicable a un acto tan polémico como es el aborto terapéutico, dejándolo impune. Esto se



pretende demostrar mediante el análisis de diversa doctrina nacional y comparada, artículos sobre el tema y la misma historia de la ley.

Inicialmente se abordará el concepto de eximente de responsabilidad penal, para luego analizar cuáles son las características y diferencias entre una causal de justificación y exculpación, y seguidamente analizar el artículo 10 del Código Penal Chileno con el propósito de entender cuál fue la lógica de su estructura y así lograr comprender la necesidad, objeto y naturaleza de la misma.

Resuelto lo anterior se estudiará a fondo la mal llamada eximente de responsabilidad del “estado de necesidad” en sus diversas clasificaciones (justificante y exculpante o disculpante y agresiva o defensiva), de modo de determinar a qué tipo de estado de necesidad pertenece la contenida en el Artículo 10 n° 11 del Código Penal.

Continuaremos con un repaso sobre los antecedentes de la historia de la ley 20.480 y diversos estudios sobre de esta, los que hasta ahora si bien no han sido muchos, se reflejan las distintas opiniones sobre su naturaleza, e interpretación de sus requisitos. Todo ello con el fin de comprender mejor la intención y función de este estado de necesidad.

Finalmente se estudiarán las diversas teorías que han surgido para dejar impune el aborto y entre ellas, el aborto terapéutico, donde además se verá cómo ha opinado la doctrina nacional respecto a la falta de legislación expresa sobre este tema, las razones en pro y en contra de que exista tal normativa, y si en Chile llegara a existir esta, que naturaleza tendría (si sería una eximente y de ser así de qué tipo). Finalmente se tratará aquí si la norma en estudio tiene cabida por lo menos en el caso de un aborto terapéutico.

En esta parte del trabajo no se analizará el delito del aborto, toda vez que lo que interesa es la posibilidad de excluir la pena sobre este acto en ciertas

circunstancias, y por lo tanto damos por sentado un conocimiento previo de este delito.

Si bien hacemos referencia expresa al aborto terapéutico, al considerarlo como la situación más extrema y donde vemos que puede llegar a ser más comprensible la decisión de abortar, pues aquí se debe elegir entre la vida de la madre o la del que está por nacer, de todas maneras decidimos analizar otras situaciones que se utilizan para fundamentar el aborto, llamadas indicaciones (eugenésica, ético-social y socioeconómica), que también pueden llegar a ser “disculpadas” por el derecho. Es por eso que también las estudiaremos, y veremos si estas pueden tener cabida en la norma objeto de este trabajo. Pero nuestro objetivo principal es ver si el aborto terapéutico queda impune por el 10 n°11 del Código Penal.

Desde ya queremos dejar en claro que este trabajo no busca razones para legalizar el aborto ni dar un juicio moral sobre éste. Partimos de la base de que tal acto es condenable, además de que existe el deber constitucional de proteger la vida del que está por nacer. Sin embargo, bajo los principios básicos del derecho y del derecho penal, donde se encuentra la máxima de que a nadie se le puede obligar a actuar como héroe, y sabiendo que, en el caso de homicidio, hay situaciones en que tal acto queda impune, existiendo el deber constitucional de proteger la vida, creemos que lo mismo debería ocurrir en el tema del aborto. Es así que, a nuestro parecer, la prohibición absoluta de este no es aceptable.

A lo anterior, agregando que desde 1990 no existe en Chile una legislación expresa sobre hechos que puedan dejar impune el hecho de abortar, proponemos como una solución legal para que no sea condenable el aborto terapéutico, si ir en contra de nuestros principios, la Constitución ni la lógica y sistematización de nuestro orden jurídico, la aplicación artículo 10 n° 11.

## **CAPÍTULO I: DEFINICIÓN Y EXPLICACIÓN DEL CONCEPTO “EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL”**

El nuevo numeral 11 del artículo 10 del código penal, norma que es uno de los objetos de este trabajo, se encuentra en el libro primero párrafo segundo titulado “De las circunstancias que eximen de responsabilidad penal” y, por lo tanto, se entiende que este nuevo numeral 11, por su locación en el Código Penal chileno, es una “eximente de responsabilidad penal”.

El párrafo citado, compuesto solo por el artículo 10, señala situaciones en las cuales un hecho que constituye un delito no resulta condenable. Esto puede ser por diversos motivos, mostrando la otra cara del delito, obligando a analizar en profundidad los hechos antes de condenar, así lo afirma el profesor Labatut quien escribió: “El código engloba en su artículo 10 las causales que excluyen de acción, las de inculpabilidad y las de justificación, precepto que podemos decir, se ocupa de la faz negativa del delito”.<sup>1</sup> No basta entonces con ver la causalidad de un hecho típico, estas causales no hacen analizar otros aspectos de este, como la motivación, que hacen que no haya condena.

Con lo referido anteriormente, podemos advertir que hay distintos tipos de eximentes, el referido autor los llama de exclusión de acción, de inculpabilidad y de justificación. Con todo estas denominaciones cambian según los autores, así, los profesores Bullemore y MacKinnon se refieren al contenido del artículo 10 del código penal de la siguiente manera: “Las eximentes de responsabilidad

---

<sup>1</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Derecho Penal”, 9ª ed. actualizada por Julio Zenteno. V.1. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1990. P. 155.

penal se encuentran en el artículo 10 del código penal correspondientes a las causales de justificación, de inimputación y de inexigibilidad de la conducta conforme a derecho”<sup>2</sup>

Si bien varían sus nombres, los autores están de acuerdo en que hay tres clases de eximentes, y que aluden a la ausencia de alguno de los elementos del delito, si bien se analizará cada tipo de eximente más adelante, por ahora, antes continuar con el desarrollo de esta memoria, es importante tener claro el concepto de eximente de responsabilidad.

Se entiende como eximente de responsabilidad, cuando en un hecho faltan alguno de los elementos constitutivos del delito, considerando el concepto de delito más aceptado por la doctrina que es “Acción u omisión típica, antijurídica y culpable”, la acción u omisión, la tipicidad (que el hecho concuerde con lo descrito en la norma), la ilicitud (que el hecho sea considerado contrario a derecho) y la culpabilidad (que el sujeto sea responsable por haber actuado con culpa o dolo, pudiéndole exigir una conducta conforme a derecho). Como ya se dijo, según el elemento faltante se van calificando cada causal eximente de responsabilidad penal.

La falta de alguno de estos elementos por lo tanto, provoca que la persona responsable de aquel hecho quede impune, es decir, se le exime de la responsabilidad penal aunque aparentemente hay un delito, tal como lo sostiene el profesor Gustavo Labatut: “Aunque, por regla general, todo delito conduce a la aplicación de una medida de carácter penal, hay casos en que esto no ocurre. El agente de un hecho contemplado por la ley como delito puede estar exento de responsabilidad criminal por diversas causas: porque no puede ser declarado culpable; porque su conducta resulta jurídica en función de

---

<sup>2</sup> BULLEMORE, VIVIAN y MACKINNON, JOHN. “Curso de Derecho Penal”. 2ª Ed. aumentada y actualizada. Tomo II. Santiago, Chile. LexisNexis. 2007. P. 216.

ciertas circunstancias que rodean el hecho; o bien, por último, porque la ley declara la impunidad del acto en virtud de un interés social o político”<sup>3</sup>.

Así las cosas, no siempre un hecho que dañe un bien jurídico es constitutivo de delito y una de las principales causas es el que este se enmarque dentro de las distintas eximentes de responsabilidad y por tanto, tal como el profesor José Raimundo del Río escribió, “todo delito por regla general lleva consigo una medida de carácter penal, pero hay casos en que el hecho calificado escapa a dicha medida”<sup>4</sup>.

Afirmamos entonces que los efectos de estas causales tienen una gran importancia, afectando no solo la esfera penal, el profesor Labatut destaca esto escribiendo: “La naturaleza jurídica de estas distintas categorías (causales de inculpabilidad de justificación y de excusa absolutoria), al que el código aplica la denominación común de circunstancias [debió decir causas] que eximen de responsabilidad criminal, tiene influencia decisiva en cuanto a los efectos que produce respecto de los coparticipes, de las indemnizaciones civiles y de la posibilidad de oponer una defensa legítima a la agresión”<sup>5</sup>.

Sin embargo, muchas veces debido a estos efectos resulta difícil distinguir estas causales con aquellas que extinguen de responsabilidad penal, si bien a primera vista los efectos son los mismos, las causas son totalmente distintas, así lo explica el profesor Enrique Cury al tratar el tema de las causales de extinción de responsabilidad: “Las causales de extinción de responsabilidad criminal se diferencian de todas aquellas que excluyen un elemento del delito (causales de atipicidad, justificación, inimputabilidad o exculpación) pues mientras estas últimas impiden el nacimiento de la responsabilidad penal,

---

<sup>3</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Manual de Derecho Penal”. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1948. P. 153.

<sup>4</sup> DEL RIO CASTILLO, JOSÉ RAIMUNDO. “Manual de Derecho Penal”. Santiago, Chile. Nacimiento. 1947. P. 121.

<sup>5</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 155.

aquellas determinan la desaparición de una que se perfeccionó, o suprimen ya la posibilidad misma de establecer si así ocurrió.”<sup>6</sup> En otras palabras, los efectos de una causal eximente de responsabilidad, a diferencia de una causal de extinción de responsabilidad, son ex antes, pues impide que la responsabilidad penal exista, en cambio, el efecto de las últimas es ex post, porque este actúa sobre una responsabilidad penal ya existente y declarada.

Si bien, todo lo anterior corresponde a la postura mayoritaria, Bullemore y MacKinnon no están de acuerdo sobre los efectos de estas causales, por lo tanto, discrepan con la denominación que nuestro Código Penal les otorga, los autores citados escriben lo siguiente: “Las denominadas eximentes de responsabilidad que utiliza el código no es acertada, dado que en el caso de concurrir una causal de justificación no es que exima de responsabilidad al sujeto, sino que el hecho es lícito y por lo mismo nunca ha nacido tal responsabilidad. En otros casos se trata de un hecho ilícito, pero en que concurren circunstancias que atenúan la responsabilidad”.<sup>7</sup> Para los autores no es el efecto de las mal llamadas eximentes de responsabilidad eximir de responsabilidad penal, pues para ellos, no hubo un hecho reprochable o se encuentra disminuido.

Podemos concluir siendo concordantes con lo dicho por Bullemore y MacKinnon, que el término de eximente de responsabilidad penal es un término errado todas las veces que no se puede eximir a un individuo de una responsabilidad que no tiene o que esta fue simplemente atenuada.

Creemos que es correcto por tanto definir a estas causales como aquellas cuyo efecto es tener como lícito un hecho típico, o disminuir la responsabilidad penal por faltar algún elemento constitutivo de delito.

---

<sup>6</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. 2ª.ed. Actualizada. Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1988-92. P. 426.

<sup>7</sup> BULLEMORE, VIVIAN y MACKINNON, JOHN. “Curso de Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 217.

## **CAPÍTULO II: EXPLICACIÓN Y DISTINCIÓN DE CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN Y DE EXCULPACIÓN**

Como vimos, hay tres grupos de mal llamadas eximentes de responsabilidad penal, unas por falta de tipicidad, otras por falta de antijuricidad y las últimas, por falta de culpabilidad. Siguiendo los objetivos de esta memoria, analizaremos solo las dos últimas, pues, como se explicará, son las contenidas en el artículo 10 del Código Penal.

Consideramos necesario comprender en consiste una causal de justificación y de exculpación, para así poder afirmar que la norma contenida en el artículo 10 n° 11 es una causal de exculpación.

Debemos empezar diciendo que Bacigalupo basa la necesidad de la existencia de estos dos tipos de eximentes afirmando que “Desde un punto de vista sociológico un delito es una perturbación grave del orden social. Jurídicamente un delito es una acción ilícita y culpable. La imputación a un autor de la realización de esta grave perturbación del orden social, tiene lugar en dos niveles diferentes. En primer lugar, es necesario que el delito sea considerado como tal, como una perturbación grave del orden social. Esta materia es propia del primer nivel, la imputación de un ilícito. En segundo lugar, se requiere la imputación del hecho como culpable. Ambos niveles tienen una relativa independencia de tal manera que es posible la imputación de un hecho como ilícito, que sin embargo, no sea imputable como culpable”.<sup>8</sup> El autor

---

<sup>8</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. “Derecho penal. Parte general.” 2ª. ed. Buenos Aires. Argentina. Hamurabi. 1999. P. 216.

considera como juicios independientes entre sí la ilicitud y la culpabilidad, lo que hace necesario que existan causales de exclusión de responsabilidad específicas para cada juicio.

A continuación y teniendo clara la “independencia” entre ambos elementos del delito nos dedicaremos a aclarar los conceptos de “causal de justificación” y “causal de exculpación”, a explicar sus efectos y sus diferencias.

## **2.1. Causales de Justificación**

Se puede definir una causal de justificación como “circunstancia que convierten el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico”.<sup>9</sup> En otras palabras, una causal de justificación se refiere a ciertas circunstancias descritas por el derecho que provocan que un hecho que concuerda con la descripción que la ley hace de un delito, es igualmente lícito.

De aquí podemos deducir que, las causales de justificación restan la antijuricidad de la cual todo hecho típico es en principio portador. Según Enrique Cury las causales de justificación son “situaciones reconocidas por el derecho en que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida, o, incluso exigida y es, por consiguiente, lícita”.<sup>10</sup> Es decir, el hecho si bien es típico no es antijurídico, porque el derecho reconoce que en ciertas circunstancias tal acto no es contrario al orden jurídico.

Y es así, tal como dice Bacigalupo, “la teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (doloso o no, activa u omisiva) no es contraria a derecho, o, en otras palabras, no merece desaprobación del orden jurídico. Es por lo tanto una

---

<sup>9</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “Teoría General del delito”. 4ª. ed. Valencia. España Tirant lo Blanch. 2007. P. 230.

<sup>10</sup> CURY URZUA. ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. Tomo I. P. 314.



teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró”.<sup>11</sup> En otras palabras, estaríamos frente a normas permisivas.

Por lo tanto, y tal como afirma Roxín “no toda conducta típica resulta punible. Sin perjuicio de su prohibición general puede resultar autorizada excepcionalmente. A tales autorizaciones se las denomina causas de justificación”.<sup>12</sup>

Siguiendo esta idea, es que Bustos al referirse a ellas llega a sostener que “surgen de reglas permisivas que valoran positivamente una constelación de circunstancias que pueden darse en el ámbito social. La regla permisiva autoriza una realización típica bajo ciertos respectos y determinadas circunstancia”.<sup>13</sup> Pudiéndose hablar de “permisos” legales basados en cierto contexto social.

En este merito dando una mirada más concreta a lo que son las causales de justificación, y, al igual que Del Río, llegamos a la afirmación de que “corresponden a casos en que falta la ilicitud de acción. Su concurrencia hace que el hecho a pesar de sus condiciones de delito y de lo dañino de su materialidad inmediata, no será antijurídico o ilícito, o, lo que es lo mismo, que esté justificado”.<sup>14</sup>

Ya con lo estudiado vemos que tal como señala Muñoz Conde “el ordenamiento jurídico no solo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido. En el derecho penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un

---

<sup>11</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 351.

<sup>12</sup> ROXIN, CLAUS. “Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”. Barcelona, España. Ariel. 1989. P. 37.

<sup>13</sup> BUSTOS RAMIREZ, JUAN. “Obras completas”. Tomo I. Lima, Perú. Lara editorial. 2004. P. 647.

<sup>14</sup> DEL RIO CASTILLO, JOSÉ RAIMUNDO. Ob. Cit. P. 142.

hecho prohibido, en la medida de que el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan”.<sup>15</sup>

Por lo tanto, y tal como lo afirma Etcheberry “hay casos en los cuales la ley permite u ordena la ejecución de un acto típico. En estas circunstancias, el acto, sin dejar de ser típico, ya no es antijurídico, pues no está prohibido por la norma. Esos casos especiales son las llamadas causales de justificación, que hacen que una conducta típica sea lícita”.<sup>16</sup> Agregando una característica a estas causales, pues ahora no solo serán permisivas, sino también podrán ser imperativas.

Siguiendo esta idea, es que tal como lo hace notar Vargas Pinto nos encontramos en una situación en que “puede haber una infracción genérica de la norma, desde el punto de vista del tipo, que en concreto no se considere tal por otras normas específicas”<sup>17</sup>

Por todo lo anterior, afirmamos, al igual que Etcheberry, que “el término causales de justificación está bien empleado, porque la concurrencia de alguna de ellas hace que el acto sea objetivamente lícito para todo el derecho, y no solo para el derecho penal. Así el que mata en legítima defensa no solamente no es castigado por la ley penal sino que tampoco debe indemnizaciones civiles.”<sup>18</sup> Afirmando este autor, al igual que nosotros que el efecto de estas causales no solo justificarían un acto ilícito en el Derecho Penal, sino que en todas las ramas del derecho.

---

<sup>15</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 105.

<sup>16</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. “Derecho Penal”. 3a. ed. Revisada y actualizada. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998. P.p. 238-239.

<sup>17</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico: Teoría de Delitos con casos”. 3ª.ed. Actualizada. Santiago, Chile. Abeledo Perrot Legal Publishing. 2011. P. 136.

<sup>18</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 239.

En este punto y siguiendo a Vargas Pinto vemos que lo principal es que “estas causales se basan en la idea de que la concurrencia de determinadas circunstancias impide que se afecte realmente la norma penal en el caso. La situación de hecho no infringe en concreto la norma penal, pues existiría otra norma permisiva que autoriza en ese caso la conducta prohibida en general”.<sup>19</sup> Es decir, aun cuando el hecho se encuentre prohibido en una norma genérica, si existe una norma especial que lo justifique, esta norma tendrá primacía por sobre la norma general.

El efecto de estas causales de justificación, según Jiménez de Asúa sería que estas “excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos y omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de ser contrarios al Derecho, que es el elemento más importante en el crimen”.<sup>20</sup> No siendo para este autor y para nosotros más que “aquellos actos realizados conforme a derecho”.<sup>21</sup>

Roxín al igual que nosotros afirma que “no toda conducta típica resulta punible, que sin perjuicio de su prohibición general puede resultar autorizada excepcionalmente”.<sup>22</sup> Sin embargo, como advierte Cury, tal afirmación puede llevar a una incorrección, porque “esta formulación induce a pensar que la conducta, por ser típica, ya es antijurídica, y que las causales de justificación la despojan de ese carácter; lo cual, a su vez, envuelve la idea de que el tipo es ratio essendi de la antijuricidad, y las causales de justificación, elementos

---

<sup>19</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. 137.

<sup>20</sup> JIMENEZ DE ASUA. LUIS. “Principio del derecho penal: La ley y el Delito” Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. Sudamericana. 1990. P. 284.

<sup>21</sup> JIMENEZ DE ASUA. LUIS. *Ibíd.*

<sup>22</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”. Ob. Cit. P. 37.

negativos del tipo”.<sup>23</sup> Es decir, las causales de justificación no por quitar la ilicitud de un hecho necesariamente eliminan la tipicidad de este.

No es difícil caer en tal error, pues, para algunos doctrinarios, como Muñoz Conde, “el indicio de la antijuricidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de antijuricidad que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico”.<sup>24</sup> Pudiendo pensar que sin antijuricidad no hay tipicidad.

Sin embargo, y así nos dice Bacigalupo “una acción típica, será también antijurídica si no hay a su favor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es consecuentemente un indicio de antijuricidad. Precisamente porque aquella señala la posibilidad de ésta debe verificarse si existe o no de una causa o fundamento de justificación. Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inversa. Es independiente pues solo cabe plantearse la cuestión de la antijuricidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, se subsume bajo un tipo penal. A la vez es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación”.<sup>25</sup> Dejando claro la independencia de la comprobación de la tipicidad y de la antijuricidad, aunque la primera sea indicio de la segunda.

De esta manera, adherimos a la idea de Roxin de que “una causa de justificación no afecta en nada la tipicidad de la conducta, pero sí excluye la antijuricidad, su contradicción con el derecho”.<sup>26</sup> Es decir, el hecho no deja de ser considerado en principio repudiable.

---

<sup>23</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. Tomo I. P. 356.

<sup>24</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 105.

<sup>25</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 351.

<sup>26</sup> ROXIN, CLAUS. “Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”. Ob. Cit. P. 37.

Por lo antes cabe recalcar, como Roxín, que “la admisión de una causa de justificación, no implica que una conducta justificada deba valorarse positivamente. Dicha conducta no es desaprobada por el ordenamiento jurídico y con ello es aceptada por este, pero la emisión de ulteriores juicios de valor positivos no pertenece a los cometidos del Derecho Penal”.<sup>27</sup>

Tenemos entonces, como nos dice Labatut, que a la hora de estar frente a un hecho con caracteres de delito “importa formular un juicio de valor de la conducta típica, en el sentido de precisar si se ha producido o no un conflicto con la ley, si se ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado por ella. Porque no basta que la acción sea típica para ser reprochada, ya que es posible que concurra alguna de las llamadas causales de justificación, que la hacen lícita”.<sup>28</sup> Debemos ver más allá que los meros hechos antes de emitir un juicio.

Respecto a los efectos a terceros y en específico a los partícipes y al sujeto que se ve afectado por una causal de justificación, al igual que Labatut sostenemos que “en las causas de justificación no hay delito. Por consiguiente no procede responsabilizar a los co-participes ni hacer efectiva la responsabilidad civil, ni es procedente tampoco la legítima defensa, salvo tratándose del estado de necesidad, en lo cual, por lo demás, las opiniones difieren”.<sup>29</sup> Tal como ya se mencionó, al ser considerado lícito un hecho en el Derecho penal, lo es también para las demás rama del derecho y ahora agregamos, para todos quienes participan en este.

Esto es porque la lógica nos lleva a concluir, como Politoff, Matus y Ramírez, que “la conducta que es lícita para el autor, lo ha de ser también para quienes

---

<sup>27</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho Penal: Parte General” Tomo I. Madrid, España. Civitias 1997. P. 557.

<sup>28</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 91.

<sup>29</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Manual de Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 154.

colaboran con él, y que, siendo lícito el actuar, no puede un tercero ejercitar contra este una legítima defensa”.<sup>30</sup>

Si bien afirmamos que no debería existir acción civil al no haber ilícito, se debe reconocer, como lo hacen los autores antes mencionados, “que es discutible negar la posibilidad de tal acción para reparar los daños causados por el actuar justificado, pues la cuestión aquí radica en saber quién ha de soportar económicamente un daño cuando la ley lo autoriza, no solo si esta lo autoriza”.<sup>31</sup> Sin embargo, nosotros creemos que tal afirmación no es correcta, pues creemos que un acto lícito no debe tener ninguna sanción.

Y lo anterior lo reafirmamos por lo dicho por Roxin, quien sobre el tema opina que el deber de soportar el daño por parte de quien se ve afectado por el actuar de una persona bajo estas causales se debe a que “las causas de justificación conceden también derechos de intromisión; es decir, que el afectado no solo ha de renunciar a una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportarlo de modo general, sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos”.<sup>32</sup> Para él por lo tanto, a pesar de todos los daños que este tercero pueda recibir, “una acción que esté amparada por una causa de justificación es en todo caso conforme a derecho y, por ello, nunca cabe legítima defensa, que presupone una agresión antijurídica, contra una causa de justificación”.<sup>33</sup>

Debemos explicar ahora cuál es la lógica de estas causales, cuándo es según la doctrina que efectivamente no hay antijuricidad. En principio, si nos ponemos prácticos, y al igual que Jiménez de Asua, decimos “el primero y más elemental de los sistemas para reconocer la ausencia de antijuricidad es

---

<sup>30</sup> POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. “Lecciones de Derecho Penal Chileno” Tomo I 2a. ed. Actualizada. Santiago Chile. Editorial Jurídica. 2003. P. 213.

<sup>31</sup> POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. *Ibíd.*

<sup>32</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho Penal. Parte General”. *Ob. Cit.* P. 602.

<sup>33</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho Penal. Parte General”. *Ibíd.*

acudir al repertorio de las causas de justificación expresamente consignadas por la ley”.<sup>34</sup> Lo primero que habrá que hacer, por lo tanto, es recurrir a nuestras normas.

Pero tal como lo hacen Bullemore y MacKinnon, hay que ir más allá y decir que “el concepto causal de lo ilícito se agota en el desvalor de resultado (lo que el autor hizo, independientemente de lo que haya querido hacer). El concepto personal de lo ilícito exige, además de un desvalor de resultado, un desvalor de acción (atiende tanto a lo que el autor hizo como a lo que quiso). De lo anterior se sigue que en ausencia de un desvalor de resultado, no hay antijuricidad en ninguna de estas tesis; en cambio, la ausencia de desvalor de acción solo es relevante para un concepto personal de lo ilícito y solo para este puede importar la ausencia de antijuricidad”.<sup>35</sup> En otras palabras, más allá del resultado concreto de una acción, es decir si hubo o no daño, donde toma importancia este tipo de causales es respecto a la intención que tenía el sujeto a la hora de actuar.

A lo anterior Vargas Pinto agrega que, “la antijuricidad se excluye cuando falta el desvalor de acción o el desvalor de resultado, si entendemos que ambos constituyen lo injusto (si falta creación de un riesgo prohibido, el resultado y que este sea realización de aquel riesgo y no de otro, la imputación objetiva de ambos)”.<sup>36</sup> Pero es en el desvalor de acción donde las causales de justificación tienen su real importancia.

Respecto a los elementos de las causales de justificación y determinar si concurren o no, afirmamos al igual como Bullemore y MacKinnon que, “de acuerdo al concepto personal del injusto la justificación presenta dos clases de elementos: objetivos (v.gr. exigencias objetivas de la legítima defensa) y

---

<sup>34</sup> JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. P. 285.

<sup>35</sup> BULLEMORE, VIVIAN y MACKINNON, JOHN. “Curso de Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 87.

<sup>36</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. 136.

subjetivos (v.gr. animo de defensa en la legítima defensa). La ausencia de cualquiera de estos elementos determina la inexistencia de la causal de justificación respectiva y permite afirmar la antijuricidad de la conducta”.<sup>37</sup>

Para estos autores en consecuencia, cuando estamos frente a la posibilidad de que concurra una causal de justificación se debe tener en cuenta que en el plano subjetivo de la justificación “es dable exigir no solo la voluntad de actuar conforme a derecho sin apartarse ni contravenir el ordenamiento jurídico, sino también el conocimiento de los elementos objetivos de la causal de justificación, pues solo si éste existe es posible que el sujeto obre con voluntad de no contrariar el derecho. Es decir, existen un elemento subjetivo cognitivo y volitivo. La ausencia de uno u otro elimina el elemento subjetivo de la justificación y nos lleva reafirmar en consecuencia que la conducta es antijurídica”.<sup>38</sup>

A esto agregamos lo dicho por Juan Bustos que explica que “el hecho de negar la existencia de elementos subjetivos en las causales de justificación deriva de una confusión. Es cierto que la antijuricidad es un juicio esencialmente objetivo valorativo, pero eso no dice nada de su contenido. Las causas de justificación están referidas a actos dotados de sentido y significación. Una acción de defensa será normalmente una acción dolosa dirigida a lesionar un bien jurídico ajeno y no un mero proceso causal, por lo que necesariamente ha de tener un aspecto subjetivo. Así como al azar, el caso fortuito, la pura casualidad no puede perjudicar al ciudadano, pues solo son punibles las acciones u omisiones dolosas o culposas, tampoco puede beneficiarlo. Solo se beneficiará si ha actuado conscientemente”.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> BULLEMORE, VIVIAN y MACKINNON, JOHN. “Curso de Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 87.

<sup>38</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Curso de Derecho Penal”. P.p. 87.88.

<sup>39</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. “Lecciones de derecho penal”. Tomo II. Madrid, España. Trotta. 1997-1999. P. 116.



Por consiguiente, y según lo dicho por Muñoz Conde “para justificar la acción típica no basta con que se dé objetivamente la situación justificante, sino que es preciso, además, que el autor conozca esa situación e, incluso, cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción”.<sup>40</sup>

Vemos entonces que la aplicación de una causal de justificación no es tan simple, para este autor “si faltan algunos de estos elementos subjetivos el acto no queda justificado, a pesar que objetivamente se den los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Para una causa de justificación no es suficiente, por lo tanto, que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso, además, que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado”.<sup>41</sup> Sin embargo, Muñoz Conde agrega que “el elemento subjetivo de justificación no exige, por tanto, que los móviles del que actúa justificadamente sean valiosos, sino simplemente que el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente”.<sup>42</sup> Dejando en claro que nada importa el interés por el cual actúo de esta manera, sino que basta contenga conciencia de actúa al amparo de la ley.

Es importante dentro de este análisis de las causales de justificación, tal como lo hace Bustos, tener presente que “la doctrina, en un afán sistematizador, ha dirigido sus esfuerzos a la búsqueda de fundamentos comunes válidos para todas las causas de justificación. Pero el afán no es solo sistematizador sino que también tiene por objeto establecer criterios que permitan un catálogo genérico de las causas de exención de responsabilidad”.<sup>43</sup> Existe así una discusión sobre los fundamentos de las causas de justificación.

---

<sup>40</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 108.

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ibíd.

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ibíd.

<sup>43</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. “Lecciones de derecho penal”. P.p. 116-117.

Se hacen notar dos posturas, como explica Bustos, las unitarias y las diferenciadoras. Las primeras nos aclara el autor “parten de la base de que el contenido común de todo injusto es la lesión de interés, por lo que las causas de justificación significan que o bien hay una ausencia de interés por parte del ordenamiento jurídico de penalizar las conductas llevadas a cabo bajo ciertas y determinadas circunstancias (principio de ausencia de interés) o bien que frente a un interés hay otro de mayor valor que justifica la conducta (principio de interés preponderante) [...] Si se aceptan ambos principios se habla de posiciones unitarias dualistas. Si sólo uno de ellos, se habla de posiciones unitarias monistas”<sup>44</sup>. La segunda es donde se sostiene que “cada causa de justificación tiene su propia fundamentación”.<sup>45</sup> Él termina este análisis con la idea de que es esta última la que predomina “sin perjuicio de reconocer que supletoriamente pueden darse criterios sistemáticos comunes, como el interés preponderante, pero por su generalidad no son aptos para su fundamentación específica”.<sup>46</sup>

Frente a este dilema Roxin opina que en esta complejidad de ideas si se quiere establecer un principio omnicomprensivo, “éste reside en la idea de que todas las causas de justificación comprenden la regulación socialmente correcta de intereses que coliden. Con ello por una aparte, también se abarca el supuesto en que se produce justificación aunque sean equivalentes en rango los valores, bienes jurídicos, pretensiones del bien, etc., que colinden entre sí. Por otra parte, con alusión a la regulación socialmente correcta de los intereses en pugna se hace referencia al punto de vista de la antijuricidad material, conforme al cual la exclusión del injusto depende en la última instancia de la corrección social (o falta de dañosidad social) de la conducta típica. Para concretar más un principio de justificación tan comprensivo solo se puede

---

<sup>44</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. “Lecciones de derecho penal”. P. 117.

<sup>45</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. “Lecciones de derecho penal”. *Ibíd.*

<sup>46</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. “Lecciones de derecho penal”. *Ibíd.*

aducir el punto de vista de que la acción que se pretende justificar ha de ser como regla general necesaria *ex ante* para la protección del bien jurídico en conflicto; una medida no necesaria a costa del bien típicamente lesionado en la mayoría de los casos no puede ser una regulación socialmente correcta del conflicto”.<sup>47</sup>

Roxín complementa lo anterior argumentando que “una causa de justificación presupone que dos intereses que colisionan entre ellos de tal manera que solo uno de ellos puede imponerse. Luego, es la tarea de las causas de justificación emprender la regulación socialmente correcta de los intereses en conflicto. Esto sucede así sin excepciones cuando se permite la afirmación del interés que el ordenamiento jurídico valora más a costa de aquel de menor valor; solo en el caso excepcionalmente raro de que entren en colisión dos deberes de acción de igual valor, el ordenamiento jurídico deja al propio actor la decisión de sobre cuál de ambos deberes quiere cumplir. La afección de otro de la generalidad es aceptada por el ordenamiento jurídico cuando ocurre siguiendo los parámetros de las causas de justificación; esta afección no es un injusto”.<sup>48</sup> Dejando en claro que lo principal aquí es se debe hacer una ponderación intereses.

De todas maneras Roxín termina afirmando que, “debido a la pluriformidad y a los cambios de la vida social no es posible ni un *numerus clausus* de los principios reguladores decisivos ni de una sistematización cerrada y concluyente de las causales de justificación”.<sup>49</sup> Pues ya vimos que estas se basan en un contexto social en que el derecho encuentra que un hecho típico debe ser considerado lícito, pero un contexto social es complejo y cambiante.

Por lo anterior es que, al igual que Cury, vemos que el “intentar una clasificación agotadora de las causales de justificación es poco menos que

---

<sup>47</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho Penal: Parte General”. Ob. Cit. P. 574.

<sup>48</sup> ROXIN, CLAUDIUS “Dogmática Penal y Política Criminal” Lima, Perú. Idemsa. 1996. P. 88.

<sup>49</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho Penal: Parte General” Ob. Cit. P. 575.

utópico, pues habría que aprehender un número muy variado de situaciones. La utilidad práctica de esa clasificación, por otra parte, es dudosa”.<sup>50</sup>

Sin embargo, este autor ofrece una sistematización más o menos general donde se refiere a:

“a) Causales que se fundan en la ausencia de interés (consentimiento del ofendido y consentimiento presunto).

b) Causales que se fundan en el principio de interés preponderante, que pueden sub dividirse en:

aa) Aquellas que tienden a la preservación de un derecho (legítima defensa y estado de necesidad);

bb) Aquellas que tienden a la actuación de un derecho (ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, cumplimiento de un deber)”.<sup>51</sup>

Como vemos, existen varios tipos de causales de justificación y nos podemos encontrar con el problema de que concurra más de una. Frente a esto sostenemos al igual que Roxin que “en principio todas las causales de justificación que se presentan rigen cumulativamente. [...] Sólo se producen excepciones a esa regla en los casos relativamente raros en los que una causa de justificación más amplia, sea porque limita la consecuencia justificativa a determinadas acciones típicas o de otro modo en cuanto a su forma y extensión, o porque prescribe o excluye una consecuencia jurídica que va más allá del efecto justificante”.<sup>52</sup> Es decir, son aplicables todas en conjunto, salvo casos de existir una norma más específica o especial.

---

<sup>50</sup> CURY URZUA. ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. Tomo I. P. 362.

<sup>51</sup> CURY URZUA. ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. Tomo I. Ibíd.

<sup>52</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho Penal: Parte General”. Ob. Cit. P. 576.

En consecuencia, con todo lo estudiado podemos terminar esta parte del trabajo afirmando que las causas de justificación son aquellas que en un cierto contexto, al considerar un hecho típico justo, lo consideran, lícito, es decir, lo justifican. Esto conlleva a que el hecho ya no sea considerado antijurídico, es decir, aunque haya tipicidad, en el hecho, falta el elemento del delito llamado antijuricidad. Estas normas podrían ser clasificadas por lo tanto como permisivas e incluso como imperativas, al permitir o imponer un deber de realizar un hecho típico.

También debemos recalcar que la licitud otorgada no es sólo en el derecho penal, sino también en todas las ramas del derecho, no permitiendo ninguna de ellas defensa ante esta causal ni castigo alguno contra el que realice un acto justificado, como ocurre ante una acción civil.

Otro aspecto importante a destacar, es que estas normas necesitan de un elemento subjetivo, en el que la persona tenga conciencia que el acto que está realizando está justificado. Aquí la motivación no es relevante, sólo es necesario el saber que se actúa conforme a derecho.

Concluimos también que debido a que estas normas se basan en contextos sociales, descubrir cuál es su fundamento, es complejo, lo cual es discutido por la doctrina, sin embargo predomina la idea de cada causal tiene su propio fundamento, pues los cambios en la vida social hacen imposible una idea unificadora. Sin embargo todos tienen en común la necesidad de una ponderación de intereses en conflictos.

Y por último respecto al problema de concurrencia de varias causales de justificación, decimos que son todas aplicables a excepción de una norma especial o más estricta.

## 2.2. Causales de exculpación

Muñoz Conde las define como “aquellas circunstancias que excluyen la capacidad (y por lo tanto, la posibilidad de imponer una pena) a un sujeto por el hecho típico y antijurídico cometido”.<sup>53</sup> Es decir, aun siendo el hecho típico y antijurídico no es posible imponer una pena al autor por cierto contexto que provoca que este sea considerado incapaz de observar la norma. Por lo tanto aquí faltaría la culpa.

La lógica en estas causales según lo dicho por Roxín es que “una conducta típica y antijurídica puede no resultar punible si el autor en el caso concreto ha actuado sin culpabilidad, por ejemplo, porque adolece de una afección psíquica que le impide comprender lo injusto de su actuar o, conociendo cual es el comportamiento jurídicamente correcto, no puede adecuar a ello su conducta”.<sup>54</sup>

Este autor explica que “el legislador desaprueba su conducta calificándola como injusto penal, pero, a pesar de ello, renuncia a formularle un reproche de culpabilidad. Se comprende que si bien el Estado requiere de los ciudadanos un comportamiento conforme a derecho en los casos normales, no se puede exigir comportamientos heroicos en situaciones excepcionales, y su castigo en esos casos tendría poco sentido”.<sup>55</sup>

Mañalich explica la necesidad de la existencia de estas eximentes bajo la idea de que “el derecho penal opera sobre la premisa de que cualquier persona que cuente con determinadas capacidades, cuyo umbral mínimo se encuentra jurídicamente fijado, está en posición de dar seguimiento a una norma cuyas condiciones de aplicabilidad se vean satisfechas, de modo tal que la falta de seguimiento de la norma por parte de quien era capaz de seguirla cuenta como

---

<sup>53</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 229.

<sup>54</sup> ROXIN, CLAUS. “Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”. Ob. Cit. P. 39.

<sup>55</sup> ROXIN, CLAUS. “Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”. Ibíd.

manifestación objetivada de un déficit de fidelidad al derecho. Lo cual significa: Cuál haya sido la efectiva motivación del destinatario de la norma para haber infringido el deber de omitir o ejecutar que ésta le imponía es algo que –en principio al menos- no juega papel alguno a la hora de establecer si puede imputársele su quebrantamiento, tal como ello es exigido por el mandato (kantiano) de neutralidad del derecho.<sup>56</sup>

Tenemos presente que tanto las causales de justificación como éstas eximen de responsabilidad, sin embargo, como advierte De Rio Castillo, “las causales de exculpación, tienen efectos muy distintos a las primeras. Para empezar, solo favorecen a los agentes en quienes concurren individualmente; los perjuicios causados por el hecho y la defensa que pueda oponerse al actuar no culpable queda completamente legitimados si concurren en ella los requisitos exigidos por la ley. Y por último, los agentes no deben ser considerados delincuentes para los efectos de la reincidencia y demás que acarrea el delito”.<sup>57</sup>

Por lo tanto, así también lo afirma Roxín “la diferenciación entre ambas instituciones resulta muy importante. Puesto que [como ya mencionamos], una conducta justificada está autorizada por el derecho, el afectado por la misma viene obligado a soportarla, por el contrario, la víctima de una conducta meramente exculpada puede defenderse de la agresión amparado por legítima defensa”.<sup>58</sup> Más adelante veremos en más detalle las diferencias entre estas causales, pero es importante recalcar que es necesario diferenciarlas bien.

Mañalich sigue la explicación diciendo que “la fijación de estas capacidades personales que fungen como criterios de imputación del quebrantamiento de la norma tiene lugar a través de las reglas de la imputación. Más precisamente,

---

<sup>56</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. “El estado de necesidad exculpante Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal”. EN: VAN WEESEL. ALEX. (Editor). “Humanizar y repensar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury”. Santiago, Chile. ThomsonReuters. 2013. P. 721.

<sup>57</sup> DEL RIO CASTILLO, JOSÉ RAIMUNDO. Ob. Cit. P. 153.

<sup>58</sup> ROXIN, CLAUS. “Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”. Ob. Cit. P.p. 39-40.

estas reglas fijan las condiciones de las que depende la imputabilidad de la falta de omisión de la acción respectivamente prohibida o la falta de ejecución de la acción respectivamente ordenada como una contradicción a la norma. Es decir, esta no-omisión de la acción prohibida o no-ejecución de la acción ordenada, se constituye como un comportamiento con un determinado valor declarativo: que el destinatario de la norma no reconoce esta norma como una razón eficaz para la acción”.<sup>59</sup> Es decir, para que alguien pueda ser declarado culpable y por consiguiente, poder imponérsele una pena, requiere reconocer esa norma como un motivo para actuar o abstenerse. De ahí que el derecho debe reconocer situaciones en que aquello es imposible las que son recogidas en estas causales.

Como continua explicando este autor, la “capacidad de seguimiento a la norma es una capacidad intencional compleja. Pues el seguimiento de una norma, en posición a la mera adecuación o conformidad de un comportamiento a una norma, este depende del ejercicio de una capacidad de formarse y realizar intenciones relativas a intenciones, esto es, de formarse y realizar intenciones de segundo orden. Pues una persona solo sigue una norma (de prohibición o de mandato) en la medida en que omite o ejecuta intencionalmente la acción (prohibida u ordenada), realizando así la intención (de segundo orden) de adecuar su comportamiento a la norma”.<sup>60</sup> Es decir, este autor ve que para que una persona logre incorporar y seguir una norma, este es un proceso muy complejo ya que no solo implica la simple obediencia de una norma, sino el formarse la intención de querer obedecerla.

Mañalich termina de explicar su idea diciendo que “de ahí que esta compleja capacidad de dar seguimiento a una norma se divide en dos capacidades básicas: la de formarse y realizar una intención de primer orden, relativa a la

---

<sup>59</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 722.

<sup>60</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P.p. 722-723.



ejecución u omisión de la acción, la “capacidad de acción” y la capacidad de formarse y realizar la intención (de segundo orden) consistente en dar prioridad a la intención (de primer orden) de omitir o ejecutar intencionalmente esa acción en atención a que la norma prohíbe u ordena, que cabe denominar capacidad de motivación. Y de acuerdo a los modelos dogmáticos hoy hegemónicos, la capacidad de evitabilidad intencional cuenta ya como criterio de imputación de la falta de omisión de la acción prohibida de la falta de ejecución de la acción ordenada a título de infracción del deber a nivel de la constitución del injusto, mientras que la capacidad de motivación con arreglo a la norma cuenta como criterio de imputación en el nivel de constitución de la correspondiente culpabilidad por el injusto”.<sup>61</sup> Agregando que lo importante aquí, a diferencia de las causales de justificación, el elemento subjetivo, la motivación de haber actuado, es relevante, pues lo principal aquí es más que el saber o no que se actúa conforme a derecho, es qué motivo actuar así, o si esa persona era capaz de tener la motivación de actuar conforme a derecho.

Podemos decir que una de las primeras características de una causa de exculpación, es, como escribe Roxin, que “presupone en primer lugar, que el autor haya actuado antijurídicamente, es decir que no pueda invocar un interés contrapuesto reconocido por el ordenamiento jurídico. Luego, es tarea de las causas de exculpación proporcionar los criterios que, en caso de presentarse, hace que el derecho niegue la posibilidad o la necesidad político-criminal de una punición, pese al carácter socialmente erróneo de la acción”.<sup>62</sup>

En este marco es notorio que, el principal efecto de estas causales, siguiendo a Labatut, es que “dejan subsistente el delito y favorecen solo a los agentes que, individualmente considerados, no pueden ser declarados culpables; subsiste la responsabilidad civil y la defensa que el hecho pueda

---

<sup>61</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 723.

<sup>62</sup> ROXIN, CLAUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 89.

determinar es legítima”.<sup>63</sup> Es decir, su efecto no se extiende a terceros, no pudiendo, por ejemplo, un partícipe, invocar alguna de estas causal a su defensa, y, por otra parte, como aquí el hecho es considerado ilícito, aquel que se ve afectado por este, puede defenderse e incluso tomar acciones legales para reparar o compensar los perjuicios sufridos.

Revisando la doctrina, nos encontramos que los motivos que excluyen la culpabilidad son tres, “la inimputabilidad (como correlato de la incapacidad para ser culpable), el error de prohibición (como correalto del conocimiento de la antijuricidad) y la no exigibilidad de otra conducta (como correlato a de la exigibilidad a una conducta conforme a derecho)”.<sup>64</sup> Sin embargo, dejaremos fuera de este trabajo el error de prohibición, al no ser contenida esta causal en el artículo objeto de estudio además de ser considerado dentro de las causales de inimputabilidad por algunos doctrinarios al sostener que al igual que aquellas aquí no hay capacidad para ser culpable, dividiendo solo en dos tipos de causales, las de inculpabilidad y las de inexigibilidad. Es por eso que solamente se definirá y analizará, las llamadas causales de inimputabilidad (donde se explicará el por qué sería una causal de inculpabilidad) y de inexigibilidad.

Debemos tener claro, tal como lo dice Mañalich, que todas estas sub clasificaciones a pesar de sus diferencias “contribuyen a la determinación de las condiciones de las cuales depende una atribución de responsabilidad personal por una determinada instancia de injusto; en tal medida, en éstas subclases de reglas de imputación subyace una misma concepción de la responsabilidad personal. La diferencia específica entre una causa de inculpabilidad y una de exculpación, más bien, se halla en el fundamento preciso de exclusión de la

---

<sup>63</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Manual de Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 154.

<sup>64</sup> POLITOFF, SERGIO. “Comentario Preliminar al Artículo 10”. EN BUSTOS, JUAN, Et al. “Texto y comentario del Código Penal Chileno” Tomo I. Santiago Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. P. 97.

imputación en el nivel de culpabilidad que una y otra trae consigo”.<sup>65</sup> Como quedará claro más adelante.

Por lo tanto, en este punto tenemos que las causales de exculpación son aquellas que determinan que un hecho típico y antijurídico es impune por faltar el elemento culpabilidad.

También tenemos claro que la necesidad de estas causales se debe a lo complejo de la capacidad de seguir una norma y sobre todo el sentirse motivado a seguirla. Es decir, hay consenso de que no todos son capaces de seguir una norma, y por eso aquí están considerados sujetos como niños y gente con problemas psiquiátricos.

Por lo anterior, al referirse a circunstancias tan específicas, es que en general estas causas son de efecto personalísimo, no extensible a terceros partícipes y además, como es un hecho ilícito, aquel que se vea afectado por un acto donde es aplicable una de estas causales, la persona puede defenderse y además tomar las acciones legales correspondientes por los perjuicios sufridos. Aquí radica la principal diferencia con las causales de justificación.

Y por último decimos que estas causales se sub-clasifican según el motivo por el cual se considera que no hay culpa, y ahí nos encontramos con las causales de inimputabilidad, las de error y las inexigibilidad de otra conducta.

Ahora veremos las dos sub-clasificaciones recogidas en el artículo 10° del Código Penal.

### **2.2.1. Causales de inimputabilidad**

Muñoz Conde dice que se está ante una causal de Inimputabilidad cuando “el sujeto no reúne el conjunto de facultades psíquicas y físicas que deben

---

<sup>65</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 727.

concurrir en él para hacerse responsable (culpable) del hecho típico y antijurídico cometido”.<sup>66</sup>

En otras palabras, y así es explicado por Novoa, hay casos en que “por falta de salud psíquica o por falta de madurez mental, no se reúnen la razón o la voluntad suficientes, y el individuo debe ser tenido por inimputable, esto es, por falta de imputabilidad”.<sup>67</sup> El inimputable, es incapaz de sentirse motivado a cumplir la ley, por falta de desarrollo cognitivo (un niño) o por padecer de dificultades psiquiátricas.

Para este autor, esta causal concurre porque “en el inimputable falta un factor indispensable para que pueda surgir la culpabilidad (reprochabilidad). Estando ausente la imputabilidad, el elemento subjetivo del delito no puede existir y a causa de ello no surge responsabilidad penal”.<sup>68</sup>

Mañalich, quien, como veremos, llama estas causas como de inculpabilidad, pues para el solo aquí no hay culpa, por cuanto estas causales, “admiten ser reconstruidas aquellas reglas de inculpación que fijan negativamente los presupuestos mínimos de la capacidad de motivación con arreglo a la norma cuyo ejercicio deficiente pudiera fundamentar un reproche jurídico de culpabilidad. Esto quiere decir más precisamente, que las causas de inculpabilidad fundamentan la exclusión de la imputación al nivel de la culpabilidad [de ahí esta denominación], en atención a que -desde el punto de vista del derecho- el destinatario de la norma no se halla en posición de poder motivarse, en pos del seguimiento a la norma, a omitir intencionalmente la

---

<sup>66</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 230.

<sup>67</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. “Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General”. 3a. ed. Tomo I. Santiago Chile. Editorial Jurídica. 1916-2006. P. 425.

<sup>68</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 426.

acción prohibida o a ejecutar intencionalmente la acción ordenada”.<sup>69</sup> Estamos ante una incapacidad de motivación.

Para este autor estas causales apuntan a la falta de “algunas de las condiciones de las cuales depende que el destinatario esté en posición de formarse o realizar la intención (de segundo orden) de omitir o ejecutar intencionalmente la acción que la norma prohíbe u ordena. En tal medida, las causas de inculpabilidad se fundan en el reconocimiento de un déficit relativo a alguno de los presupuestos de la capacidad de razonamiento práctico que el derecho asume como indispensable para una motivación con arreglo a la norma”.<sup>70</sup> Se alude aquí no a un no querer obedecer, sino, a un no poder.

Esto nos lleva afirmar, al igual que Novoa, que “puede el inimputable llevar a cabo un conducta típica y antijurídica, pero esos elementos objetivos son insuficientes para que sea posible, legalmente, llegar a una incriminación delictual y la consiguiente aplicación de una pena”.<sup>71</sup> Faltando exclusivamente el elemento subjetivo, de la voluntad de dar seguimiento a una norma.

Tenemos por lo tanto que, como advierte Muñoz Conde, para poder ser declarado culpable se requiere tener “las facultades mentales y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar al sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se llama imputabilidad, o, más modernamente, capacidad de culpabilidad.”<sup>72</sup>

Y es así que opinamos, tal como Politoff, Mattus y Ramírez, que “el principio de que la idea de culpabilidad se construye sobre las posibilidades de que disponía el sujeto para poder actuar diversamente -conforme a la idea de

---

<sup>69</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 724.

<sup>70</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 725.

<sup>71</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P.p. 426-247

<sup>72</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 145.

libertad necesaria para nuestra vida en sociedad- conduce de manera necesaria a concebir las causales de inimputabilidad previstas en la ley como incapacidad para ser culpable”.<sup>73</sup>

Esta capacidad de seguir la norma por lo tanto, y siguiendo Bullemore, “importa la normalidad de las facultades cognitivas y volitivas, lo que es la regla general. Hay sujetos que son incapaces de comprender que la ilicitud, esto es, la tipicidad y la antijuridicidad de un hecho y de obrar en conformidad, por lo que, en consecuencia, su conducta no es reprochable”.<sup>74</sup>

En concordancia con ello Juan Bustos afirma que “en forma dominante, la doctrina define imputabilidad como la capacidad de comprensión del injusto y de actuar conforme a esta comprensión. El acento es puesto en el proceso psicológico desde una perspectiva valorativa; no se trata de cualquier comprensión; sino solo del injusto, y tampoco de cualquier actuar, sino del que debiera resultar de esta comprensión”.<sup>75</sup>

Frente a esta norma concordamos con Jiménez de Azua que, a lo menos, son causa de inimputabilidad “la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en que las que, si bien el hecho es antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró”.<sup>76</sup>

Es fácil afirmar, al igual que Etcheberry, con lo analizado que para la ley la base es que “la naturaleza hace al hombre inteligente y libre, y que en principio los seres humanos actúan de esa forma. Por lo tanto, los casos en que tales

---

<sup>73</sup> POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Ob. Cit. P. 295.

<sup>74</sup> BULLEMORE, VIVIAN (director). “Tratado de jurisprudencia y doctrina: Derecho Penal”. Tomo I. Thomson Reuters Puntolex. Santiago. Chile. 2011. P. 49.

<sup>75</sup> BUSTOS RAMIREZ, JUAN. “Obras Completas”. Ob. Cit. P. 1129.

<sup>76</sup> JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Ob. Cit. P. 339.

factores están ausentes se tratan como situaciones de excepción”.<sup>77</sup> Es decir las normas que contienen estas causales, son de carácter especial.

Siguiendo esta lógica, Vargas Pinto opina, y nosotros estamos de acuerdo que “solo por excepción hay sujetos incapaces, a quienes no puede imputarse el injusto y por eso se llama inimputables. Esta incapacidad o inimputabilidad, se basa en la falta de madurez o de normalidad de las mencionadas facultades. Son incapaces o inimputables, en general, los locos o dementes y los menores de 18 años”.<sup>78</sup> Hablamos aquí de normas excepcionalísimas, de estricta aplicación.

Es debido a este estado excepcional que, como explica Bullemore, “la inimputabilidad se encuentra expresamente enunciada por la ley, y atinge a aquellos incapaces de realizar actos culpables, el límite entre una y otra condición estaría dado por la coeficiencia del intelecto y voluntad”.<sup>79</sup> Se requiere norma expresa que declare los casos de inimputabilidad, pues de no ser así, se tendrá por imputable.

Para el orden jurídico en consecuencia, estando contestes con Politoff, Matus y Ramírez, “la posibilidad de infligir una pena queda excluida respecto de aquellas personas en quienes por razones especialmente previstas (minorías de edad, enajenación mental, etc.) faltaría tal situación de normalidad.”<sup>80</sup> Los únicos factores que permitirían que alguien sea declarado inimputable, serían estas “anormalidades” previstas por el orden jurídico.

Respecto a la determinación legal de la inimputabilidad, Enrique Cury nos dice “para describir los casos de inimputabilidad, la ley puede echar mano a

---

<sup>77</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 279.

<sup>78</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de derecho penal practico” Ob. Cit. P. 168.

<sup>79</sup> BULLEMORE, VIVIAN. (director). Ob. Cit. P. 50.

<sup>80</sup> POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Ob. Cit. P. 295.

fórmulas distintas, a las que la doctrina suele reunir en tres grupos: psicológicas, psiquiátricas y mixtas”.<sup>81</sup>

Las fórmulas psicológicas Cury las define como aquellas que “se caracterizan porque describen la situación psíquica que fundamenta la inimputabilidad del sujeto, o sea, la incapacidad para comprender la significación antijurídica del acto o dejarse determinar por ella”.<sup>82</sup>

Las fórmulas psiquiátricas, el autor las explica como aquellas que “a la inversa, se limitan a atribuir a ciertos estados patológicos, de alteración o inmadurez, taxativamente enumerados, la consecuencia de excluir la imputabilidad.”<sup>83</sup>

Por último, están las fórmulas mixtas, que combinan ambos sistemas. Y Cury nos explica que “por una parte describen los estados que dan origen a la inimputabilidad, pero por la otra exigen del juez una investigación ulterior sobre la existencia efectiva de la incapacidad para comprender y autodeterminarse de quien actuó”.<sup>84</sup>

Según Bullemore y Mackinnon, “nuestro Código penal adhiere a fórmulas más bien de carácter psiquiátrico”.<sup>85</sup> Y así también opina Etcheberry pues hace notar que “en nuestra ley no puede dudarse de la radical diferencia que se hace entre imputables e inimputables, ni de que es el concepto clásico de deficiencia de intelecto y voluntad lo que traza la línea divisoria entre unos y otros.”<sup>86</sup> Solo importa en la imputabilidad una enfermedad mental, afección o falta de desarrollo intelectual.

---

<sup>81</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. P. 34.

<sup>82</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. P.35.

<sup>83</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. *Ibíd.*

<sup>84</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. *Ibíd.*

<sup>85</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JHON. “Curso de derecho penal”. Ob. Cit. P. 119.

<sup>86</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 279.



Respecto a los efectos de estas causales Bullemore y MacKinnon nos dicen que “el efecto jurídico de la inimputabilidad no es otro, evidentemente, que el determinar la irreprochabilidad jurídico-penal y, por ende, la ausencia de un delito. El inimputable no comete delito”.<sup>87</sup> Tal acto no puede ser reprochado por la sociedad, y por lo tanto, no puede ser considerado delito.

Sin embargo Politoff, Matus y Ramírez, aclaran que “no se trata de que las personas consideradas inimputables carezcan de capacidad para actuar y para realizar hechos ilícitos, pero los autores de tales hechos no son culpables, esto es, no son merecedores de la reprobación en el sentido del derecho penal”.<sup>88</sup> Estos actos no pierden su tipicidad ni ilicitud, pudiendo quien se vea afectado, defenderse o ejercer las acciones legales correspondientes.

Lo anterior nos permite afirmar, como Cury, que la “inimputabilidad trae aparejada la inculpabilidad de la conducta antijurídica. Por consiguiente, en virtud del principio de accesoriadad media, la participación en el hecho de un inimputable es, por lo general, punible. Asimismo cabe defenderse legítimamente en contra de su agresión, aunque con ciertas limitaciones relativas a la subsidiaridad”.<sup>89</sup> Como ya dijimos, el carácter personalísimo de estas causales, hacen que no sea aplicable a participes y se permita la defensa frente a estas.

A mayor adundamiento, Politoff, Matus y Ramírez, señalan, “no obstante, de la declaración de inimputabilidad no se sigue necesariamente la liberación de toda consecuencia punitiva para el inculpable, pues por el mismo fundamento de esa declaración puede ser sometido a medidas de seguridad, destinada a prevenir que el inimputable se cause daño a sí mismo a terceros. Lo que no parece contradecir el sentido de justicia respecto a enajenados mentales que

---

<sup>87</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JHON. “Curso de derecho penal”. Ob. Cit. P. 119.

<sup>88</sup> POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. P. 296.

<sup>89</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. Tomo II. P. 36.

sufren graves alteraciones mentales conducentes a incontrolables actos de violencia, o a menores en tales condiciones de riesgo social que no parece aconsejable mantener si medidas de protección adecuadas. Si las medidas, sin embargo, se aplican de manera más o menos automáticas, sin las mínimas garantías (penales) que legitimen su imposición, sin un juicio acerca de su necesidad y sin tomar en cuenta las, por general, mejores perspectivas del desarrollo que para el inimputable se ofrecen en el seno de su propia familia o de la comunidad en que están insertos, parece darse la razón a quienes, por razones diversas, atribuyen a la noción tradicional de inimputabilidad un carácter discriminatorio, más aun si ellos siguen formulaciones desdeñosas acerca de la dignidad de los inimputables”.<sup>90</sup>

De ahí que es posible caracterizar, como tal lo hacen los autores recién mencionados, a la imputabilidad como “el suelo del reproche de la culpabilidad, ya sea que se estime como un presupuesto de la culpabilidad (anterior a esta) o un elemento constitutivo de la culpabilidad”.<sup>91</sup>

Mañalich, hace una clasificación de las causales de inimputabilidad recogidas en el Código Penal Chileno y “cuenten, en primer lugar, aquellas relativas al posible estatus del destinatario de la norma tenida como incapaz de motivarse suficientemente con arreglo a la norma. Como tales causas de inculpabilidad [para nosotros de inimputabilidad] la que en razón de estatus figuran, en los términos del derecho penal chileno, la privación total de razón (10 n° 1 CP) y la condición de menor de edad (10 n° 2 CP). Y junto a estas, también el error de prohibición (o de mandato) ha de ser entendido como una causa de inculpabilidad, en la medida en que el desconocimiento del carácter prohibido (u ordenado) de la acción no-omitida (o no-ejecutada) por el destinatario de la norma trae consigo la incapacidad situacional de formarse la intención de actuar

---

<sup>90</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Ob. Cit. P. 296.

<sup>91</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. *ibíd.*

o abstenerse de ello en pos del seguimiento a la norma”.<sup>92</sup> Sin embargo, ya mencionamos que el “error” al no encontrarse contenido en el artículo 10 del Código Penal, no será revisado en este trabajo.

Terminamos este punto con la concepción de la causal de inimputabilidad, como aquella que elimina el reproche a un acto típico y antijurídico, por encontrarse la persona en una situación en el que es incapaz de seguir una norma, en específico, aquel que padece una enfermedad mental o sea menor edad, dejando en claro que la determinación de estas caudales sigue la corriente psiquiátrica.

Lo relevante en esta materia es la capacidad de dar seguimiento a una norma, es decir, que el sujeto cuente con la facultades mínimas de entender y querer obedecer la ley, por cuanto la ley considera que todos somos capaces al menos que se declare lo contrario, teniendo estas normar un carácter especial y excepcional.

Y es por lo anterior que las normas tienen aplicación personal y sus efectos no alcanzan a los terceros partícipes, y, por otra parte, como ya vimos, aquel que se vea perjudicado, puede tomar medidas de defensa, e incluso, se pueden adoptar medidas de seguridad que restrinjan derechos del inimputable, para su protección o la de terceros, por ejemplo, la internación en un centro de salud mental.

### **2.2.2. Causales de inexigibilidad**

Bullemore Y Mackinnon definen la exigibilidad de la conducta conforme a derecho como “la posibilidad, en el caso concreto de exigir al sujeto obrar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico”.<sup>93</sup> Por otra parte, al igual que ellos entendemos la posibilidad de exigir, como “la posibilidad objetiva de

---

<sup>92</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 725.

<sup>93</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Curso de Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 141.

exigirle una conducta conforme a derecho en el caso concreto de acuerdo al criterio de lo exigible al hombre medio”.<sup>94</sup> Es decir, el exigir el cumplimiento a una norma va más allá de comprenderla y querer actuar según ella, sino también depende de las circunstancias.

Politoff, Matus y Ramírez, agregan a esto que “por razones evidentes [como lo amplio del concepto] nuestra ley no se refiere a la noción de no exigibilidad, pero ese concepto no ha hallado resistencia en la doctrina nacional. Ella se emplea por nuestros autores para referirse en general a las causales de exculpación que pueden invocarse a favor del que haya actuado en circunstancias extraordinarias o bajo estímulos anormales que hagan desaparecer la exigibilidad (de otra conducta)”.<sup>95</sup> Este concepto de no exigibilidad, va dirigido a circunstancias que hacen imposible esperar que una persona capaz pueda obedecer una norma, y si bien no es tomado en forma explícita en la norma, la doctrina entiende que está tácitamente recogido en las causales de inexigibilidad.

Decimos que es un concepto amplio porque, de acuerdo con Novoa, “en un sentido teórico, son muchos los factores que podrían estimarse aptos para excluir la exigibilidad, porque son muchos los estímulos, motivaciones, impulsos o circunstancias capaces de suprimir en el hombre normal una sumisa obediencia a las exigencias de una norma jurídica”.<sup>96</sup> Son situaciones que dependen de cada persona, pero lo que sí importa, es que sea una persona que normalmente es capaz de obedecer.

Por lo tanto, estas causales, parten del principio, como menciona Bustos, “para que el sujeto sea responsable se requiere, además, que el sistema le

---

<sup>94</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Curso de Derecho Penal”. *Ibíd.*

<sup>95</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. *Ob. Cit.* P.p. 337-338.

<sup>96</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Ob. Cit.* P. 530.

pueda exigir en la situación precisa en que él actúa otra conducta”,<sup>97</sup> pero puede ocurrir que “en la situación en que el sujeto se encuentra el sistema no esté en capacidad de exigir esa otra conducta, siendo necesario que el ordenamiento jurídico considere este fenómeno al momento de imponer una pena”.<sup>98</sup> En la especie se va más allá de la capacidad de comprensión y seguimiento de la norma, aquí no se da el contexto “ideal” para que esta sea aplicada y obedecida.

Una de las razones por las cuales es una causal es de exculpación, es decir, elimina la culpa, es que, siguiendo a Jiménez de Asua, “de la índole normativa de la culpabilidad, que constituye el juicio de reproche, se deduce que cuando no es exigible otra conducta, no hallamos en presencia de una [llamada por él] causa general de inculpabilidad”.<sup>99</sup> No es posible, en ciertas circunstancias, reprochar un acto típico y antijurídico, pues debido al contexto, no se puede exigir que se actúe de otra manera.

Por lo tanto, decimos tal como Etcheberry, que “si no hay libertad en el obrar, la voluntad no puede clasificarse como dolo, por lo tanto, de modo amplio y general, cada vez que falte libertad estará ausente también el juicio de reproche, la culpabilidad”.<sup>100</sup> Siendo esta la base de estas causales.

Por su parte Muñoz Conde explica la necesidad de estas causales, partiendo de la base que “el cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos, pero, los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. Frente a esto el Ordenamiento Jurídico solo marca unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona, un nivel de exigibilidad que se puede nombrar como objetiva normal o general.

---

<sup>97</sup> BUSTOS RAMIREZ, JUAN. “El delito culposo”. Santiago. Chile. Editorial Jurídica. 1995. P. 104.

<sup>98</sup> BUSTOS RAMIREZ, JUAN. “El delito culposo”. Ob. Cit. P.p. 104-105.

<sup>99</sup> JIMENEZ DE ASUA. LUIS. “Ob. Cit. P. 410.

<sup>100</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 345.

Más allá de esta exigibilidad normal, el Ordenamiento Jurídico no puede imponer, salvo caso determinados, el cumplimiento de sus mandatos”.<sup>101</sup> El ordenamiento jurídico debe por lo tanto, comprender que hay situaciones límites, en que la obediencia a la norma supera la “capacidad estándar” prevista por la ley.

A lo anterior este autor agrega que “normalmente, estas situaciones de no exigibilidad general u objetiva excluyen ya el tipo correspondiente de delito en cuya redacción se tenga en cuenta esta situación o, por lo menos, la antijuricidad del mismo a través de estado de necesidad como causa de justificación genérica. Pero junto con esta no exigibilidad objetiva, existe la no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él”.<sup>102</sup> Es aquí donde se advierte una diferencia con las causales de inimputabilidad, pues a lo que van dirigidas estas causales, están dirigidas a una capacidad subjetiva, dejando de lado las enfermedades o inmadurez mental, que es algo objetivo.

Estas causales de inexigibilidad, por lo tanto, y tal como lo explica Mañalich “no se tratan de una fijación (reglada) de los presupuestos de capacidad de motivación con arreglo a la norma como las de inimputabilidad, sino más bien, a una delimitación situacional de la expectativa de motivación con arreglo a la norma. La diferencia esencial entre estas y la las causas de inculpabilidad radica en el hecho que la condición fundamental que ha de satisfacerse para que pueda tener lugar una exculpación stricto sensu es una condición que necesariamente tendría que fallar en caso de que satisficiera los requisitos de alguna causa de inculpabilidad, a saber: la posibilidad de tomar en cuenta las

---

<sup>101</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 166.

<sup>102</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ibíd.

razones determinantes para la acción en la situación de hecho. Así, mientras la causa de inimputabilidad opera excluyendo la imputación en el nivel de la culpabilidad por un determinado déficit de la capacidad de razonamiento práctico, que es el presupuesto del seguimiento de la norma respectiva, una causa de inexigibilidad de otra conducta, encuentra su presupuesto indisponible en la subsistencia de esa misma capacidad.<sup>103</sup>

Y es así que, al igual que Vargas Pinto, afirmamos que “para imputar personalmente un injusto a su autor es necesario que, en el caso concreto, el sujeto haya podido conformar su conducta a la norma, motivarse por ella. Se examinan las circunstancias que rodean al hecho (concomitantes), que si son normales permiten al agente determinarse conforme a su comprensión, de antijuricidad. De suerte que será culpable si obra conforme a tal comprensión, porque le era exigible el cumplimiento de la norma y la infringió. Si las circunstancias son normales es posible exigir una conducta conforme a derecho”.<sup>104</sup>

Así las cosas, estas causales están para hacer frente, así lo explica Novoa, en las situaciones “cuando en el hecho típico y antijurídico, realizado con dolo o culpa por un sujeto imputable, han concurrido circunstancias especiales que no habrían permitido esperar de un individuo común el obedecimiento a las normas quebrantadas; porque la condición humana tiene flaquezas que el legislador, realísimamente, no puede sino reconocer como existentes, la ley penal, dictada para la generalidad de los individuos, no puede pretender ser aplicada al caso. Falta, entonces, la exigibilidad de una conducta distinta de la delictuosa que se siguió por el individuo”.<sup>105</sup> Lo principal termina siendo que es un sujeto capaz e imputable donde la exigencia de obedecer una norma en ciertas circunstancias

---

<sup>103</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 726.

<sup>104</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal Práctico” .Ob. Cit. P. 181.

<sup>105</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 530.

requiere un sacrificio u habilidades que no posee una persona común y por lo tanto, su quebrantamiento, no es reprochable.

Una explicación más clara de este fenómeno es el que nos entrega Etcheberry al señalar que “por excepción, las circunstancias serán tales, que el acatamiento a la norma de derecho exigiría un heroísmo o una fortaleza sobrehumana, y en tal caso la norma de deber no ordena someterse al derecho; se dice entonces que falta exigibilidad de otra conducta. Puesto que estas situaciones de excepción (o de motivación anormal) pueden ser en principio muy diversas, los normativistas las unifican con el título de no exigibilidad de otra conducta”.<sup>106</sup> Vemos aquí que se destaca el carácter sobrehumano de la exigencia de seguir una norma, y que el derecho debe comprender que nadie está obligado a lo imposible. Por otra parte, esta situación excepcional depende de cada persona y son por lo tanto diversas y se utilizan términos genéricos para unificarlas que en este caso es “no exigibilidad de otra conducta”.

Vargas Pinto sobre lo anterior refiere que “el derecho reconoce la existencia de circunstancias anormales que presionan la voluntad del sujeto para determinarse según la norma. Si la presión es de tal magnitud que impide al autor su cumplimiento, no le es exigible hacerlo. El sujeto no pudo determinarse de acuerdo a la comprensión por la fuerza de las circunstancias. No era libre para decidir, a pesar de su comprensión.”<sup>107</sup> Son situaciones que son de tal magnitud que el derecho debe recogerlas y crear normas que liberen a sujeto afectado de la observación de ley.

De lo anterior Bullemore y Mackinnon afirman que “el fundamento no reside en la supresión de la voluntad del agente, sino en la formación defectuosa de ella, a causa de la concurrencia de circunstancias anormales que impiden la adecuada motivación del sujeto y suprimen la posibilidad de exigirle una

---

<sup>106</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 344.

<sup>107</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. 181.



conducta conforme a derecho”.<sup>108</sup> Para ellos (y también para nosotros) no es que no exista voluntad, pues sería inimputable, sino que debido a las circunstancias, esta se desvirtúa, teniendo una motivación distinta a la de obedecer la ley.

A lo anterior agregamos la explicación dada por Cury quien señala que “en todos los casos de no exigibilidad, el sujeto quiere, o por lo menos, acepta ejecutar la conducta típica, a conciencia incluso, de su antijuricidad, pero esta voluntad de realización se ha formado en él defectuosamente como consecuencia de la presión ejercida sobre sus motivaciones por las circunstancias concomitantes que, sin suprimirlas del todo, han limitado, sin embargo, considerablemente su libertad”.<sup>109</sup> Decimos que aquí existe una deformada voluntad de no obedecer la norma.

Bacigalupo, piensa distinto, nombra estas causales como “Ausencia de responsabilidad por el hecho” en donde hay una exclusión de responsabilidad por la reducida ilicitud del hecho típico. A su parecer, el fundamento de estas causales está en que “el Estado renuncia a la aplicación de una pena por la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de la pena. Una cosa es que el orden jurídico apruebe la realización de una acción (la justifique) y otra cosa es que la gravedad de la ilicitud se insuficiente para legitimar el ejercicio de ius puniendi. Desde el punto de vista de la confianza en la vigencia de las normas ambas cuestiones son diversas”.<sup>110</sup> Para él, el tema no es la falta de culpa, si no que el contexto en que ocurren las cosas pierde gravedad y no es legítimo imponer una pena.

Entonces él explica que, “las causales de exclusión de responsabilidad por el hecho se fundamentan por un lado en la diferencia que existe entre la exclusión

---

<sup>108</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Curso de Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 143.

<sup>109</sup> CURY, URZUA. ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Tomo II. Ob. Cit. P. 79.

<sup>110</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 387.

de la pena proveniente de la ausencia de antijuricidad, que implica una falta total de desaprobación por parte del orden jurídico, y la exclusión de la pena resultante de la falta de desaprobación jurídico-penal, es decir, la que se expresa en la renuncia del Estado en sancionar una acción típica y antijurídica aunque haya sido realizada culpablemente. Por otro lado se fundamenta en las diferencias que hay entre los supuestos que componen esta categoría y las casusas de exculpación en sentido estricto (aquellas que excluyen la capacidad de motivación o la imputabilidad y el error de prohibición).<sup>111</sup> De esta manera, según el autor, no cabrían estas causales en la categoría de “exculpantes”. En consecuencia, para él “la falta de desaprobación jurídico-penal no depende de la culpabilidad. Por este motivo no tiene sentido práctico hacer su análisis una vez comprobada esta. De la misma manera, no tiene ningún sentido práctico comprobar la culpabilidad una vez establecido que el hecho típico y antijurídico no merece desaprobación jurídico-penal”.<sup>112</sup> Es decir, si no hay desaprobación jurídico penal, la culpabilidad es irrelevante.

Siguiendo a este autor, se pueden agrupar tanto “las llamadas causas de “inculpabilidad” (estado de necesidad disculpante [exculpante], el miedo insuperable y el exceso en los límites de una causa de justificación) como, probablemente, algunas excusas absolutorias, así como las causas que excluyen la punibilidad del aborto y de ciertos conflictos fundamentales (libertad de expresión y derecho al honor). Ni las unas ni las otras eliminan la antijuricidad ni la culpabilidad. El elemento clave de estas causas en la categoría de la responsabilidad por el hecho reside en la exclusión de la desaprobación jurídico-penal y en su ineficacia para excluir la desaprobación del orden jurídico: el hecho es contrario a este último, pero no es sancionado penalmente aunque el autor hubiera podido comportarse de otra manera (hubiera sido capaz de motivarse y tenido conciencia de la desaprobación del

---

<sup>111</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 398.

<sup>112</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 399.

orden jurídico), por lo demás tanto en las causales de “inculpabilidad” como en los otros supuestos mencionados se reconoce una disminución de disvalor en lo ilícito”.<sup>113</sup> Aquí está la idea de que no se trata de una exclusión de responsabilidad, sino de una disminución de esta, y en estas casuales en específico, la falta de desaprobación por el orden jurídico, no hay disvalor.

Dentro de los efectos de las causales de inexigibilidad, lo primero que hay que decir es, según lo descrito por Muñoz Conde “la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones [las recogidas por estas causales] no excluye la antijuricidad (el hecho no está justificado por el ordenamiento jurídico), sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable)”.<sup>114</sup> Como hemos ido diciendo, en estas causales no se discute la ilicitud del acto, lo importante es la motivación de agente para realizarlo (si hubo culpa o dolo).

Sin embargo, tanto para Bacigalupo como para nosotros, los efectos serían distintos, pues para él “existen eximentes que no excluyen completamente la ilicitud, ni son explicables por la exclusión de culpabilidad, bien pueden ser una categoría intermedia en la que la renuncia de la punibilidad no implica la renuncia a la ratificación a la norma infringida”.<sup>115</sup> Aquí si hay culpabilidad, pero también hay una especie de disculpa

Respecto a su efecto en terceros partícipes o co-ayudantes, Cury afirma que “la inexigibilidad significa que el reproche por la conducta típicamente antijurídica, no se extiende a la persona del autor o participe respecto del cual han ocurrido las circunstancias que lo fundamentan. Como toda causal de exculpación, por consiguiente, es eminentemente personal y no afecta a la

---

<sup>113</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 399.

<sup>114</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P.p. 166-167.

<sup>115</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 395.

ilicitud del hecho.”<sup>116</sup> Siguiendo los efectos generales de una causal de exculpación, esta no es traspasable a terceros partícipes, pero veremos que en el caso de al artículo 10 n° 11, se puede llegar a decir lo contrario.

Bacigalupo opina distinto, para él los efectos de estas causales serían: “1° excluye la aplicación de la pena o la medida de seguridad respecto al autor ; 2° La no punibilidad se extiende a los partícipes, cosa distinta que si fuera una mera causal de exculpación”.<sup>117</sup> La primera consecuencia se explica bajo la idea de que “el incapaz de motivación no puede ser sometido a peores condiciones que el capaz de ella. La segunda se explica por las siguientes razones: las causas que excluyen la responsabilidad por el hecho no tienen efecto uniforme respecto de los partícipes; mientras el estado de necesidad disculpante [exculpante] puede extenderse a todos los que toman parte de la comisión de hecho (tema igualmente cuestionado si se considera casual de exculpación), ello no es así en el miedo insuperable.”<sup>118</sup> Lo importante aquí es que de aceptar la existencia de las causales de responsabilidad por el hecho estaríamos frente a causales de inexigibilidad de otra conducta aplicable a todos los partícipes del hecho antijurídico, y dentro de esta clasificación estaría el estado de necesidad exculpante.

En resumen, en este punto tenemos que las causales de inexigibilidad son aquellas que dejan sin pena un hecho típico y antijurídico y, para autores como Bacigalupo, culpable, por acontecer en un contexto en que a su autor el exigirle el seguimiento de la norma requeriría un esfuerzo sobrehumano o un gran sacrificio, y el derecho comprende que nadie está obligado a actuar como héroe.

---

<sup>116</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. Tomo II. P. 80.

<sup>117</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 400.

<sup>118</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. *Ibíd.*

Podemos afirmar también que más que la falta de libertad de elección, lo que aquí ocurre es una distorsión de la voluntad, no siento la ausencia de culpa lo importante, sino que se actuó con una voluntad distinta, porque el hecho si fue deseado por el autor, pero motivado por circunstancias que le impidieron querer actuar según la ley.

En este marco, más que falta de culpabilidad lo que hay es una falta de reproche, pues en tal contexto el derecho ve injustificado la aplicación de una pena, es un hecho típico, antijurídico y culpable pero dado en contexto, pero el Estado no lo condena y “disculpa” el hecho. Y es por eso que Bacigalupo las llama “causales de ausencia de responsabilidad por el hecho”, donde cabrían casos como el estado de necesidad exculpante y el aborto terapéutico.

Para la mayoría de la doctrina, los efectos de estas causales son la falta de culpabilidad y esta no se extiende a terceros, sin embargo, nosotros adherimos a la teoría de Bacigalupo y por lo tanto, elimina la pena por falta de reproche y aceptamos la existencia de causales que excluyen de responsabilidad por el hecho, donde sus efectos se extienden a terceros co-participes, que, como veremos, es posible en el caso del estado de necesidad exculpante.

### **2.3. Diferencias entre causales de Justificación y de Exculpación**

Ya dijimos al principio de este capítulo que a primera vista distinguir estas causales nos es fácil, ya que ambas tienen el mismo efecto final, dejar impune un acto con características de delito. Sin embargo, durante el desarrollo de este trabajo, ya hemos notado ciertas diferencias entre ellas, ya sea en los principios en que se fundamentan como en sus efectos.

Asimismo, se mencionó, que es necesario tratar de manera más detallada estas diferencias, pues es importante tenerlas claramente identificadas para diferenciar el estado de necesidad contenido en el artículo 10 número 7 y el contenido en este mismo artículo en el número 11.

El profesor Mañalich explica que la diferencia entre ambas causales parte del hecho de “que la constitución de un quebrantamiento como instancia de injusto culpable descansa en la aplicación entrelazada de dos sistemas de reglas, lo cual se vuelve transparente si la noción del delito se redefine en sentido estricto, como el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento. Pues entonces se hace imprescindible diferenciar la identificación de la norma quebrantada, por un lado, de la identificación de las reglas que fijan las condiciones para la imputación de sus quebrantamientos por otros”.<sup>119</sup>

Explica este autor que “así, el primero de estos dos sistemas corresponde al conjunto de normas que determinan el estatus deóntico de la acción cuya no-omisión o no-ejecución puede ser llegar a contar como objeto de imputación jurídico-penal, por una parte; el segundo, con el conjunto de reglas que fijan las condiciones para la eventual imputación de la no-omisión o no-ejecución de esa acción como infracción del deber culpable, por otra. Las reglas pertenecientes al primer sistema pueden ser denominadas normas de comportamiento, y están constituidas por normas de prohibición y de mandato, así como por normas de permisión y de liberación; las reglas pertenecientes al segundo sistema pueden ser denominadas reglas de imputación”<sup>120</sup> O sea, no encontramos frente a dos sistemas de normas, un sistema con normas que indican el deber ser (el comportamiento adecuado) y otro sistema con normas que indican si se debe castigar o no un quebrantamiento a las normas del primer sistema y cual sería tal castigo.

Bajo esta lógica Mañalich explica que en las causas de justificación, “ha de ser entendida como una norma de comportamiento, y más precisamente: como una norma de permisión, que como tal para excluyendo una o más normas de prohibición. En cambio [...] una causal de exculpación la regla respectiva ha de

---

<sup>119</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 715.

<sup>120</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 716.

ser entendida como una regla de imputación, y más precisamente: como una regla de exclusión de imputación en el nivel de la constitución de la culpabilidad”.<sup>121</sup> Es decir las causales de justificación se refieren al comportamiento, permitiendo algo prohibido, y las causales de justificación, hablan de la culpabilidad, decidiendo si se debe o no castigar al actor de un hecho antijurídico.

A todo lo anterior, podemos agregar lo dicho por Roxin quien sostiene, al igual que nosotros, que “las causas de justificación dicen que es lo que el particular debe hacer u omitir en caso de colisión de intereses. Ellas dan pautas de conducta y trazan la frontera entre el derecho y lo injusto. Las causas de exculpación, por el contrario, no tienen que ver con lo debido, sino con la cuestión de si puede o debe sancionarse penalmente una conducta socialmente errónea debido a las circunstancias especiales del caso”.<sup>122</sup> Unas se enfocan en resolver el deber, lo justo en un conflicto de intereses y las otras en si hay o no juicio de reproche.

En este sentido, podemos afirmar también, según lo dicho por Labatut, quien, al igual que Bacigalupo, habla de tres tipos de eximente, hay diferencia respecto al elemento del delito que toman como ausente cada causal, y así, las de inculpabilidad, que “son aquellas que absuelven del juicio de reproche al autor de un resultado típicamente antijurídico; las de justificación, representan situaciones en que excluyen la ilicitud del acto, esto es, en que la conducta, aparentemente delictuosa, es, sin embargo, lícita porque la ley la autoriza; las de impunidad, por fin, son hechos determinados por la ley que, sin borrar el carácter delictuoso del acto y sin suprimir tampoco la culpabilidad de su autor, eximen no obstante, de la sanción que ordinariamente se asocia a la

---

<sup>121</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 717.

<sup>122</sup> ROXIN, CLAUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 89.

perpetración de un delito”<sup>123</sup> Unas eliminan la antijuricidad, otras la culpabilidad y otras ninguna de las dos pero aun así se exime de la pena.

En la materia que trata cada una Roxin también hace notar diferencias, en las que “las causas de exculpación son una materia puramente jurídico-penal mientras que las causas de justificación no lo son. Pues constituye una cuestión de que debe decidirse exclusivamente según puntos de vistas del derecho penal el que la particularidad del caso permita o no una excepción de punibilidad amenazante. Pero la forma en cómo deba decidirse sobre una colisión de intereses y delimitar entre el derecho y el injusto es un problema para cuya solución pueden contribuir todos los ámbitos del ordenamiento jurídico”.<sup>124</sup> Las primeras solo caben dentro de la rama del derecho penal, pero, las segundas, como ya dijimos, al ser lícito el acto en este ámbito, lo es para todo el derecho, abarcando más la exclusión de una sanción penal.

En el desarrollo de este capítulo se destacan notorias diferencias en los efectos que produce cada una; La primera, es que en las causales de justificación sus efectos se expanden no solo al autor, sino también a sus partícipes y co-autores, pues hay aquí un acto lícito. En cambio, en las causales de exculpación, estas solo serán aplicables al autor, pues hace referencia a la capacidad de éste para poder actuar conforme a derecho además de ponerse en discusión la ilicitud del hecho, a excepción de las causales de inexigibilidad, que como sostiene Bacigalupo, esto si es posible.

Otra distinción en los efectos, mencionada al iniciar este capítulo, es la posibilidad de defensa del afectado por la causal. Esto no es posible en las causales de justificación, debiendo soportar los daños; No así, en las causales de exculpación, donde aquel que se ve perjudicado tiene derecho a la legítima defensa.

---

<sup>123</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Manual de Derecho Penal” .Ob. Cit. P. 153.

<sup>124</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ibíd.



Se hizo notoria también, la diferencia sobre la posibilidad de una acción civil. Esta posibilidad es discutible frente a una causal de justificación al considerarse que el hecho fue lícito, pero nosotros sostenemos que sí es posible. Frente a una causal de exculpación, no hay duda de que esta es accesible, habiendo unanimidad sobre esto, pues como ya hemos analizado, se mantiene la ilicitud del hecho, lo que permite exigir una reparación.

Respecto a si se puede condenar al autor, decimos que en las causales de exculpación no se puede, sin embargo, en los casos de que este sea inimputable, es permitido pedir medidas de resguardo donde se restrinja la libertad del autor, para que el sujeto no pueda dañar más a terceros o a sí mismo. Medidas que por lógica no caben en una causal de justificación, pues aquí la persona es capaz y consciente de sus hechos, evitando tener que actuar de nuevo de esa manera.

La última diferencia que nos queda por comentar es sobre la prevalencia de una causal sobre otra y aquí seguimos a Cury quien afirma que “puesto que la afirmación de antijuricidad debe preceder a la de culpabilidad, cuando en un mismo hecho concurren los presupuestos de una causal de justificación y los de una situación de inexigibilidad reconocida por la ley prevalecen los efectos de aquella sobre los de esta”.<sup>125</sup> Es irrelevante ver la culpabilidad, si el hecho es considerado lícito.

En resumen, vemos que debido a que ambas dejan impune un delito pareciera que no hay muchas diferencias entre ambas, sin embargo, un análisis solo un poco más incisivo nos permite comprender que tienen una lógica totalmente distinta, a saber a qué tipo de norma pertenecen (de comportamiento o imputación), su alcance a las demás ramas del derecho, si afectan a terceros participes o la posibilidad de defenderse de quien se ve afectado por los actos afectos a estas causales y las acciones que puede tomar en contra del autor o

---

<sup>125</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. Tomo II. P. 80.

para reparar los daños. Y es por todo esto, que no da lo mismo que un estado de necesidad sea justificante o exculpante.

Con esto, damos por concluido el análisis de estas causales, y a continuación es importante ver como las recoge la legislación chilena. Para ello analizaremos el artículo 10 del Código Penal que es el que las contiene.

### **CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL DE CHILE**

Continuamos este trabajo con un breve análisis del artículo 10, que luego de ser reformado el año 2010, contiene el nuevo numeral 11. Esto con el objetivo de dar una idea del contexto en que fue creado este, y el por qué de la ubicación del estado de necesidad contenido allí.

El primer comentario sobre este artículo que debemos destacar es el dado Politoff, quien sostuvo que “el artículo 10 de nuestro código se redactó tomado como base el artículo 8 del código español, según consta explícitamente en la sesión sexta de la comisión redactora. El artículo que sirvió de modelo (y que daba forma al capítulo II del libro I de ese texto legal, bajo el epígrafe, que también se adoptó por los comisionados: De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal) dio lugar a pocas innovaciones”.<sup>126</sup> Es decir este código es antiguo e inspirado en leyes aún más antiguas y por lo tanto aún contiene ciertos órdenes o lógicas que se pueden considerar fuera del actual período histórico.

Otro punto que se debe tener en cuenta también sobre este artículo es el hecho que las causales ahí contenidas, no tienen un orden lógico, como dijo Novoa “el legislador confundió, en una especie de fondo común toda clase de hechos que en una forma u otra excluyen la responsabilidad penal. Ciertamente que esos hechos, justamente por excluir la responsabilidad, han de ser aquellos que importan la eliminación o desaparición de alguno de los elementos constitutivos del delito y son, por ello, casos de ausencias de algunos de estos.

---

<sup>126</sup> POLITOFF, SERGIO. “Comentario Preliminar al Artículo 10”. Ob. Cit. P. 93.

Pero el legislador no distinguió ni ordenó esos hechos y por ello encontramos allí en una mezcolanza, casos de ausencia de conducta, de ausencia de tipo, de ausencia de antijuricidad (causal de justificación) y de ausencia de culpabilidad”.<sup>127</sup> Este artículo no tiene una lógica al momento de ordenar las eximentes de responsabilidad penal, y podemos afirmar que es debido a lo antiguo de sus fuentes, pues conceptos como causal de justificación o de exculpación son posteriores. Solo encontramos un análisis sobre qué motivos liberaban de responsabilidad penal sin estudiarse en concreto cada causal.

Sin embargo, a pesar de esta falta de orden, y sostenido por Bullemore la mayoría de la Doctrina “coincide en que bajo este párrafo estarían consagradas causales de justificación, correspondientes al estudio de la antijuricidad, causales de inimputabilidad y de inexigibilidad correspondientes al estudio de la culpabilidad”.<sup>128</sup> Aquello no está en discusión, pero la identificación de la naturaleza de cada causal, debido a la falta de un orden lógico en este artículo es compleja.

Siguiendo la clasificación de las eximentes aquí contenidas otorgada por Novoa, tenemos “las causales que por su naturaleza justifican la conducta del hombre, encontramos en el artículo 10 las siguientes: a) legítima defensa, que dicho precepto inmotivadamente se separa en legítima defensa propia (nº 4 del art. 10) y legítima defensa de parientes (nº5 del art. 10); b) el estado de necesidad (nº 7 del art. 10); c) la amplia justificante del nº 10 del artículo 10 en que todas las demás pudieran considerarse incluidas y d) la omisión por causa legítima de que trata el nº 12 del citado artículo 10”.<sup>129</sup> Estas serían las causales de justificación que existen en nuestro orden jurídico.

---

<sup>127</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 321.

<sup>128</sup> BULLEMORE, VIVIAN. (director). Ob. Cit. P. 47.

<sup>129</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 322.

Politoff al analizar las causales concluyo que “la mayor parte de la doctrina nacional conviene en que la formulación amplia del numeral 10° (ejercicio legítimo de un derecho) revela que el catálogo de las causas de justificación no se cierra nunca ya que lo que esté prohibido por otra rama del ordenamiento jurídico (civil administrativo, etc.) no puede ser ilícito para el sistema penal.<sup>130</sup> Lo que parece razonable, siendo pues, tal como se señaló, estas causales dependientes del contexto social para nacer, y crear un número cerrado sería inconveniente.

Lo anterior explica por qué García Soto afirma que “la enumeración que se hace en el artículo 10 no es taxativa, por el contrario adopta la fórmula numerus apertus, lo que puede comprobarse a través de la causal 10<sup>a</sup>, referida a una justificante que deja abierta la posibilidad a otras actividades no expresamente allí señaladas”.<sup>131</sup> De esta manera deja un espacio para que casos no contemplados expresamente queden adentro.

Bullemore comenta que Garrido Montt añade como causal de justificación “la del número 12, el que incurre en una omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable, la cual es contemplada por Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez como una causal de inexigibilidad”.<sup>132</sup> Es decir, la doctrina aun discute su naturaleza.

Por otra parte, Bullemore afirma “los autores nacionales también están contestes en que el resto de las circunstancias [los números 1, 2, 8, 9,10 y 12] eximentes de responsabilidad penal corresponden a las causales de inexigibilidad que atinge al estudio de la culpabilidad. Dos de estas causales se encuentran en el número 9 del artículo 10, correspondientes a la fuerza irresistible o miedo insuperable. A ello los Autores Mario Garrido Montt y Sergio

---

<sup>130</sup>POLITOFF, SERGIO. “Comentario Preliminar al Artículo 10”. Ob. Cit. P. 97.

<sup>131</sup>GARCÍA SOTO, MARÍA PAULINA. “El estado de necesidad en el derecho penal”. Santiago, Chile. Editorial Jurídica ConoSur.1999. P.41.

<sup>132</sup>BULLEMORE, VIVIAN (director). Ob. Cit. P. 47.

Politoff, Jean Piere Matus y María Cecilia Ramírez añaden la obediencia debida, consagrada en el artículo 10 número 10, la cual también contempla causales de justificación”.<sup>133</sup> Esto último es debido a los términos amplios que ocupa.

En este marco Politoff sobre las causales anteriores dijo que “se admite por un sector importante de la doctrina nacional que están amparados por causales eximentes de responsabilidad criminal con fundamento de inexigibilidad, la hipótesis de fuerza (moral) irresistible y de miedo insuperable, previstas en el artículo 10, N°9, del C.P.; [y] de omisión por causa insuperable (artículo 10, N° 12, segunda parte, del C.P.)”.<sup>134</sup> A esto podemos agregar el N° 11 si es que se considera un estado de necesidad exculpante.

Por lo tanto, y siguiendo a Politoff, los casos de inexigibilidad contemplados en este artículo, sin contar el numeral 10 que está en discusión y el 11 que más adelante veremos que sí forma parte de este grupo, serían las que se explican a continuación:

“ a) Miedo insuperable. No se discute en la doctrina nacional que la eximente de la segunda parte de este número 9º constituye una causal de exculpación fundada en la inexigibilidad de otra conducta para el sujeto que, por creerse enfrentado a un grave peligro obra impulsado por un miedo que corresponda por su intensidad al sentido del adjetivo, insuperable. En el ámbito de los hombres comunes, el juez deberá responder a la pregunta acerca de si el sujeto, en las circunstancias concretas, atendidos su sexo, edad, grado de instrucción, experiencia, fortaleza física y rasgos de personalidad habría podido, presumiblemente, superar el miedo”.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> BULLEMORE, VIVIAN. (director) Ob. Cit. P. 48.

<sup>134</sup> POLITOFF, SERGIO. “Derecho penal”. Tomo I. Santiago, Chile. Jurídica Cono Sur. 1997. P. 630.

<sup>135</sup> POLITOFF, SERGIO. “Comentario Preliminar al Artículo 10”. Ob. Cit. P. 98.

“b) Fuerza irresistible. Admitido, con escasas excepciones, por la mayor parte de la doctrina nacional y por la jurisprudencia, que la eximente por fuerza irresistible (del artículo 10 n° 9, primera parte) deben entenderse comprensiva de la vis moral y que no se halla, por otra parte, sometida a las limitaciones de otros sistemas jurídicos en materia de estado de necesidad exculpante (en materia de bienes jurídicos, del vínculo parental de los afectados por el riesgo, etc.), podemos convenir que se trata de un estímulo de origen externo o interno, que haya producido en el sujeto, por su gravedad e intensidad, una alteración profunda de su capacidad de autodeterminación. La presión psíquica no anula enteramente la libertad del hechor (él podría omitir la conducta ilícita afrontando las consecuencias) pero ello no le es exigible ya que su capacidad de decisión libre está reducida al mínimo”.<sup>136</sup>

c) Omisión por causa insuperable. Ubicada en el “N° 12 del artículo 10, respecto del que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa insuperable. Mientras la impedición por causa legítima corresponde a una causal de justificación, la causa insuperable concierne a la exculpación por inexigibilidad. A diferencia de lo que se acontece con la fuerza irresistible, que ha dado lugar en nuestra doctrina a alguna discusión acerca de su actual extensión a la fuerza moral, también autores que han sostenido esa posición minoritaria convienen en que el concepto de causa insuperable comprende también la vis moral. Es sintomático que la doctrina alemana, reacia a admitir una causa supralegal de exculpación, basada en la no exigibilidad de una conducta conforme a derecho, la reconozca mayoritariamente en los delitos de omisión (y en los delitos culposos)”.<sup>137</sup>

Luego de revisar este artículo, podemos concluir que más allá de las reformas que este haya tenido, el conflicto principal es la falta de un orden

---

<sup>136</sup> POLITOFF, SERGIO. “Comentario Preliminar al Artículo 10”. *Ibíd.*

<sup>137</sup> POLITOFF, SERGIO. “Comentario Preliminar al Artículo 10”. *Ibíd.*

lógico que permita distinguir la naturaleza de cada causal y también la prelación de cada una, aunque como ya dijimos, la doctrina entiende que una causal de justificación, prevalece antes una causal de exculpación.

En este contexto, se dificulta el calificar esta nueva eximente de responsabilidad ubicada en el Artículo 10 Número 11 del Código penal. Se está de acuerdo en la doctrina, como veremos, en que es un “Estado de Necesidad” y que es una causal de exculpación por inexigibilidad, pero, para llegar a ello se ha debido argumentar bastante, la cual habría sido más sencillo si el artículo en estudio hubiera tenido otro orden.



## **CAPÍTULO IV: EL ESTADO DE NECESIDAD**

Ya tenemos claro los principales conceptos, que son, eximente de responsabilidad penal, causal de justificación y exculpación, y además como estos son tratados y comprendidos en la ley chilena analizando el artículo del Código Penal Chileno que contempla las eximentes de responsabilidad penal.

Como ya dijimos en la introducción, nosotros sostenemos que la eximente de responsabilidad contenida en el artículo 10 N° 11 del Código Penal es un estado de necesidad exculpante, y por lo tanto, en este capítulo, se estudiará esta eximente de responsabilidad. Primero se verá el concepto de “estado de necesidad”, luego, sus fundamentos, es decir, qué es lo que hace que esta causal exista, luego, la revisión de los requisitos generales de ésta, la diferenciación con la legítima defensa y, finalmente una breve explicación de los principales tipos de estado de necesidad, que son por un lado el estado de necesidad justificante y exculpante, en los cuales pondremos más interés y luego, brevemente, porque nos parece importante tener conocimiento de ello su clasificación según se trate de un estado de necesidad agresivo o defensivo.

Con este análisis pretendemos encontrar los fundamentos necesarios para sostener nuestra idea sobre la naturaleza de la eximente contenida en la norma en estudio, esto es, que sería un estado de necesidad, en concreto, del tipo exculpante.

#### 4.1. Concepto

Un concepto de estado de necesidad es el entregado por Raimundo del Rio que dice que “El estado de necesidad representa una situación de hecho que justifica el desconocimiento de ciertos derechos en obsequio de otros”.<sup>138</sup>

Si bien este concepto refleja la base de esta institución, que es el sacrificio de un derecho a favor de otro por ciertas circunstancias, no es adecuado. Para empezar, usa el término “justificar”, declarando que esta eximente de responsabilidad penal es solo una causal de justificación, afirmación que como veremos más adelante no consideramos correcta.

Una forma más adecuada para describir este concepto podría ser la entregada por María Eugenia Soto de “una situación angustiosa de peligro inminente en que se encuentra una persona que, sin su culpa y sin el deber de afrontarlo, no puede sin embargo eludirlo sin sacrificar un bien jurídico extraño”.<sup>139</sup> Esta descripción hace hincapié en que en estas situaciones donde no hay otro modo de salir de un peligro que aquella que implica pasar a llevar o lesionar un derecho o un bien jurídico de otro es fundamental que este peligro no haya sido provocado por aquel que ahora pretende evadirlo (sin su culpa), y que además no esté obligado a soportarlo.

Consideramos que esta forma de conceptualizar el estado de necesidad es la adecuada, ya que, para empezar, no encierra esta eximente de responsabilidad penal a un solo tipo de causal (justificación o exculpación) y además, deja en claro que no es aplicable en cualquier circunstancia, dando a conocer dos requisitos básicos: falta de culpa y que no esté obligado a soportar el daño, requisitos que analizaremos más adelante.

---

<sup>138</sup> DEL RIO CASTILLO, JOSÉ RAIMUNDO. Ob. Cit. P. 146.

<sup>139</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P. 58.

Cardini nos dice que “actúa lícitamente quien, para preservarse a si mismo o a otras personas de daño grave e inminente, realiza actos conducentes, ,de otro modo inevitables, para conjurar ese peligro, para salvaguardar un bien o un derecho que el ordenamiento tutela, incluso lesionado un derecho o infringiendo un deber que colisiona con el bien interés o derecho que el agente intentó salvaguardar; siempre que el agente no tenga la obligación de soportar ese mal o peligro, que no exista desaprobación notoria entre lo sacrificado y lo salvaguardado y también en todos aquellos supuestos en que la conducta del agente necesitado haya sido la única razonablemente exigible en la emergencia.”<sup>140</sup> Entregándonos no solo un concepto, si no, como veremos más adelante, los requisitos

Lo anterior, complementa lo dicho por Muñoz Conde, quien afirmó que “tanto la doctrina como la jurisprudencia conciben el estado de necesidad como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio de otro. Ello supone que el bien que se trata de salvar esté en inminente peligro de ser destruido. El peligro ha de ser real y objetivo, no pudiendo ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que trata de evitarlo”<sup>141</sup>. Dejando en claro que no basta con un mero temor a que ocurra un perjuicio o daño este debe ser palpable.

Franz von Liszt define el estado de necesidad como “Situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.”<sup>142</sup>

Para Díaz Palos este es el concepto más utilizado por la doctrina y destaca de es éste “la inexcusabilidad del remedio, inevitabilidad del mal, la cual

---

<sup>140</sup> CARDINI, EUGENIO OSVALDO. Estado de necesidad” Buenos Aires Argentina, Abeledo-Perrot. 1967. P 74.

<sup>141</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 122.

<sup>142</sup> LISZT, FRAN VON. “Tratado de derecho penal”. Tomo II. 3ª ed. México DF, México. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2003. P. 341

constrañe, obliga al sujeto a la actuación lesiva de los bienes ajenos. En este contexto, el estado de necesidad viene a ser un equivalente de urgencia, apuro, peligro inminente y, en algún modo, el acto necesario está emparentado con la fatalidad –*fatum*- y la fortuidad –*casus*–.<sup>143</sup>

Lo importante de esta última definición es que pone en relieve otro de los requisitos del estado de necesidad, que es el de un peligro actual e inminente, dejando afuera la creencia de un peligro, el simple indicio o la mera amenaza, pues si ésta no es inminente, no es aplicable. Lo otro destacable de esta definición es afirmar que el bien jurídico que se lesiona también está protegido por el derecho, pues esto diferencia esta eximente de la causal de justificación “legítima defensa”, donde al lesionar un interés para defenderse de un acto ilícito, no se daña un interés protegido por el derecho.

García Soto Frente a esta definición opina que “cabén todas las situaciones necesarias que pueden concebirse incluidas dentro del estado de necesidad, desde las más graves en que colisionan dos vidas, hasta las más simples, como sería matar a un animal que nos embiste o el hurtar un abrigo ajeno; es decir, quedan abarcados en esta definición casos auténticos de justificación como de inculpabilidad”.<sup>144</sup> Se asume así que el estado de necesidad puede tener tanto carácter de justificante como de exculpante.

Sin embargo, no deja de ser interesante lo dicho por Cardini, pues su concepto hace posible llevar el fundamento del estado de necesidad, como lo veremos a continuación, a un nivel más allá del derecho penal.

Lo principal de todo esto, es que vemos que todas las definiciones aquí dadas ponen como motivo de la existencia de esta eximente el hecho de un

---

<sup>143</sup> DIAZ PALOS, FERNANDO. “Estado de necesidad” Barcelona, España, Bosch. 19---. P. 13.

<sup>144</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P. p. 68-69.

conflicto de intereses que debe ser resuelto, y eso es la finalidad de esta institución como a continuación veremos.

#### **4.2. Finalidad del estado de necesidad**

Tenemos claro, al igual que Del Río que “los hechos delictuosos cometidos necesariamente son amparados por una causal de justificación, o de exculpación en su caso, porque la necesidad, en todos los órdenes de la vida, obedece a una ley más potente que las leyes de los hombres”.<sup>145</sup>

Por lo tanto, como destaca Novoa, el Derecho no puede negar la existencia de “situaciones especiales que constituyen un peligro para un determinado bien jurídico y que no pueden ser superadas sino al precio del sacrificio de otro bien jurídico. En ellas se produce, por consiguiente un conflicto de bienes jurídicos debido a que no todos pueden subsistir simultáneamente, sino que uno ha de ceder y ser lesionado para que los demás se salven; de otra manera todos podrían perecer”.<sup>146</sup> El estado de necesidad nace con el fin de regular esta inminente contraposición de intereses en que uno de ellos debe, debido a las circunstancias, ser sacrificado.

Tenemos entonces como principal fundamento de la existencia de esta institución, como lo explica Baldo Lavilla, que en “tales situaciones de necesidad, siempre que el sujeto amenazado por el peligro opte por salvaguardarse del mismo mediante una acción que acarree riesgos típicamente relevantes para esferas de intereses ajenas, el Ordenamiento Jurídico se verá obligado a determinar jurídico-penalmente la coordinación axiológica de los intereses en conflicto -la llamada distribución de cargas-. Esto es lo que hace el sistema normativo a través de las reglas permisivas jurídico-penales que, bajo determinadas condiciones, otorgan al sujeto necesitado

---

<sup>145</sup> DEL RIO CASTILLO, JOSÉ RAIMUNDO. Ob. Cit. P. 147.

<sup>146</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 355.

facultades de salvaguarda e imponen al sujeto afectado correlativos deberes de tolerancia".<sup>147</sup> El estado de necesidad así visto, se funda en la necesidad de sopesar el derecho de salvaguarda con el deber de soportar daños mediante el principio de igualdad cargas.

A lo anterior agregamos lo dicho por Jakobs donde para él "una solución individualista parte de que el afectado no puede endosar un peligro a otro; la acción de estado de necesidad, por tanto es siempre antijurídica, aun cuando la traslación del peligro en el caso concreto pueda ser perdonable (disculpable) cuando los bienes afectados por el peligro tengan una importancia existencial. Una solución que más bien atiende a la solidaridad recíproca de los destinatarios del Derecho pretende un balance de intereses y otorga el derecho a la lesión de intereses si la acción del estado de necesidad mejora el balance global. La consecuencia jurídica de esta solución del estado de necesidad, la justificación, se acepta también, por unificar, en los supuestos en que, *per saldo*, se destruya más que se conserva, pero se salvaguarde, con todo, un interés legítimo. Toma su nombre del choque de intereses: teoría del conflicto de intereses".<sup>148</sup> Su fin es buscar un equilibrio entre los interés en conflictos, aceptado el sacrificio de uno en post de otro, de otra manera, sería un asolución individualista.

Como vemos, al igual que Novoa "el imperio de las leyes cesa en casos absolutamente extraordinarios y es por eso que cuando se habla de estado de necesidad se aplica el aforismo la necesidad carece de ley"<sup>149</sup>, pues no se puede, en situaciones tan excepcionales, exigir que sea respetado el ordenamiento jurídico. Podría ser contrario a máximas superiores como el

---

<sup>147</sup> BALDO LAVILLA, FRANCISCO. "Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda". Barcelona, España, José María Bosh 1994. P. 107.

<sup>148</sup> JAKOBS, GÜNTHER. "Derecho penal parte general: fundamento y teoría de la imputación". Madrid, España, Marcial Pons, ediciones Jurídicas. 1995. P. 493.

<sup>149</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 357.

derecho a proteger mis intereses incluso si para ello es necesario dañar otros ajenos.

Por lo tanto, creemos, tal como Politoff, Matus y Ramírez, que el origen del estado de necesidad “va más allá del derecho positivo (*nécessitas legem non habet*), pese a lo cual, el derecho en uno y en otro caso, regula las condiciones para reconocer su licitud. Cumplidas dichas condiciones, el orden jurídico aprueba el sacrificio de un bien a costa de otro, a cuyo titular se le impone el deber de soportar el daño. Solo si el acto realizado para salvar el bien jurídico se sale de los límites fijados por el derecho, dicho deber desaparece y el perjudicado puede oponer lícitamente resistencia al sacrificio de sus bienes”.<sup>150</sup> Si seguimos esta máxima de “la necesidad carece de ley”, vemos que esta causal contempla estos casos en que el derecho no debe condenar su desobediencia.

Debemos reconocer, como afirmó García Soto, la existencia de situaciones que aún cuando “teóricamente podríamos abstenernos de realizar conductas que constituyen un delito, a veces es imposible no reaccionar de tal modo, pues enfrentado el ser humano a situaciones tan adversas para la sobrevivencia humana, es quimérico detenerse a considerar si es absolutamente necesaria tal comisión, sino que simplemente se llevará a cabo, y esta solución será considerada como posible aun cuando tenga que lesionar o poner en peligro un bien igual al suyo”.<sup>151</sup> Es decir, el estado de necesidad, no solo busca “justificar” sino también, aceptar que existen hechos en que se debe sacrificar un bien jurídico igual o de mayor valor, dejándolos impunes, con tal de mantener esta igualdad de cargas.

De esta manera concluimos que el fundamento principal del estado de necesidad es el de lograr un equilibrio, tomando en cuenta la igualdad de

---

<sup>150</sup> POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, RAMÍREZ, MARÍA CECILA. Ob. Cit. P. 228.

<sup>151</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P. 62.

cargas, frente a un conflicto de intereses. Hay aquí un principio solidario superior a cualquier norma.

Si lo vemos con este sentido y, siguiendo la máxima “la necesidad carece de ley”, afirmamos que esta causal no tiene como única función justificar un acto, lo que ocurre cuando se sacrifica un bien de menor valor, sino que, esta causal tendría alcance en casos en que el bien sacrificado es igual o incluso mayor que el que se intenta proteger, debido a que se reconoce la existencia de circunstancias en que el no sacrificio de ellos es inexigible.

Ahora veremos los requisitos generales de esta institución

### **4.3. Requisitos**

Podemos decir de cara a la definición que concordamos con García Soto quien afirma que en esta eximente “exige fundamentalmente dos requisitos básicos, los cuales son: la situación de necesidad a la que se ve enfrentado el agente, y el sacrificio necesario o hecho necesario o acción necesaria que debe realizar para poder hacer frente a tal situación de necesidad, requisitos estos que se encuentran en estrecha relación”.<sup>152</sup> Pues de lo primero que se habla en un estado de necesidad, es de la necesidad de sacrificar un bien jurídico en favor de otro.

Sobre el primer requisito, García Soto dice que “podemos decir que existe una situación de necesidad cuando media un peligro, riesgo, apremio que lesiona o puede llegar a lesionar típicamente un bien jurídico y al que ha sido extraño el autor. Ese riesgo o apremio impone la necesidad de actuar a través de una conducta que, a pesar de lesionar otro interés jurídico, es autorizada, si es que concurren ciertos requisitos. Por lo tanto, la situación de necesidad es el punto de partida para el examen de esta institución y el antecedente

---

<sup>152</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P. 58.



inexcusable del hecho o sacrificio innecesario”.<sup>153</sup> Es necesario que esté presente una situación de necesidad, si esta no lo está, no vale la pena revisar si se cumple con los demás requisitos que esta causal exige.

A lo anterior la autora agrega que “esta situación de necesidad está constituida por las condiciones de peligro o apremio que atraviesa el necesitado, peligro que debe revestir ciertas características, como son la actualidad o inminencia y su realidad; pues si se considerara este concepto integrado con la mera o supuesta probabilidad de ocurrencia, comprendería el peligro que no existe o el peligro que en realidad no lo es, dando origen a un estado de necesidad putativo”.<sup>154</sup> Se requieren, por lo tanto, en el estado de necesidad, más requisitos que los dos ya nombrados, como actualidad, inminencia y realidad, los que analizaremos más adelante.

Un punto de vista distinto nos entregó Eugenio Cardini. El autor prefiere rotular este requisito como “hecho necesitado”.<sup>155</sup> Este nombre según sus ideas refleja de mejor manera el sentido y el alcance del estado de necesidad.

Cardini explicó en su obra “Estado de necesidad” que “el fonema hecho, está tomado en sentido jurídico pero también en sentido lato, esto es, como comprensivo del acto voluntario humano, o sea, lo que acaso preferiblemente se denominase conducta”.<sup>156</sup> Por lo que el autor aclaró que adoptó la nomenclatura de hecho en vez de conducta “porque es comprensiva de los dos aspecto más frecuentes - a la vez típicos del estado de necesidad -, es decir: el estado de hecho o hecho-estado necesidad dado cuyo presupuesto (fáctico) el

---

<sup>153</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. cit. P.p. 63-64.

<sup>154</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P.p. 64-65.

<sup>155</sup> CARDINI, EUGENIO OSVALDO. Ob. Cit. P. 18.

<sup>156</sup> CARDINI, EUGENIO OSVALDO. *Ibíd.*

agente realiza el acto o conducta necesitada”.<sup>157</sup> Es decir, queda más claro que se actúa por una necesidad urgente.

Respecto al uso del término “necesitado” y no “necesario” el autor explica que “son para poner acento de dos aspectos, en mi sentir, acordes con la posición mayoritaria de la doctrina universal - con escasas excepciones - a) en que, cualquiera sea la fuerza del evento exterior, en el hecho necesitado no media la imposibilidad (el *empêchement* de la doctrina francesa), y, por ende, no es necesario, sino todo lo contrario: es contingente; esto es, librado a la elección del agente necesitado y b) aun cuando es un acto esencialmente libre no debe olvidarse que la necesidad (presupuesto fáctico más frecuente) gravita sobre el agente tornado necesitado mejor que necesaria la elección, en la estimativa jurídica *coactus sed tamen voluit*, previa a la acción o conducta necesitada, y c) para hacer aún más hincapié, si cabe, en el hecho necesitado entra en la categoría llamado *factum* obligacional, esto es, uno de esos hechos jurígenos, jurigénicos, constitutivos; a tal punto que Forier lo eleva este instituto nada menos que a la jerarquía de un verdadero principio general de derecho. Recuerdese también que toda norma presupone un problema de estimativa para el legislador, porque resuelve intereses que colisionan y que precisamente esta fundamental labor de estimativa jurídica, que el ordenamiento delega en estos supuestos de estado de necesidad en el agente necesitado, amalgama en conexidad innegable, las tres dimensiones de la estructura del mundo jurídico: hecho, norma y valoración”.<sup>158</sup>

Entendemos que lo que Cardini lo que quiere destacar, es el hecho de que las circunstancias que llevan a hacer necesario el pasar a llevar o lesionar el derecho del otro es tan poderoso que va más allá del derecho penal, siendo un principio general de derecho y por ende, una máxima capaz de ser aplicada en

---

<sup>157</sup> CARDINI, EUGENIO OSVALDO. *Ibíd.*

<sup>158</sup> CARDINI, EUGENIO OSVALDO. *Ob. Cit.* P.p. 19- 20.

cualquier ámbito del orden jurídico, porque son situaciones en que ninguna norma puede sancionar debido a que no se puede considerar que se obra contra derecho, o no es posible exigirle que obre según este en tal situación, por un principio de orden general, en pro del derecho de resguardar los bienes jurídicos de cada uno y no exigir lo imposible o actuar más allá de lo realmente exigible.

Respecto al segundo requisito, García Soto explica que frente a una situación de necesidad nos vemos en dos posibilidades: “soportar el mal inminente o evitarlo causando otro. Si se opta por la segunda alternativa desembocaremos inevitablemente en lo que denominamos hecho o sacrificio necesario”.<sup>159</sup> En este sentido cuando se ve que la única forma de no soportar el daño es sacrificando otro bien jurídico, se debe analizar si tal sacrificio era necesario.

La autora explica que para que un hecho sea necesario “es preciso que el individuo se encuentre en circunstancias tales que, a efecto de evitar el peligro o apremio, se presente como “necesario” el violar la esfera jurídica de un tercero inocente, entendiéndose en consecuencia, lo necesario como aquello cuyo opuesto es imposible, apreciación que no se efectúa en abstracto, sino en relación con las circunstancias dentro las cuales ha tenido ocurrencia”.<sup>160</sup> Siendo fundamental para considerar tal sacrificio como inevitable el contexto de los hechos.

Lo anterior se confirma con lo afirmado por Muñoz Conde, quien dice que “es preciso que la realización del mal o la infracción del deber que el sujeto efectúe para evitar el mal a sí mismo o a un tercero sea el único camino posible para conseguir la meta salvadora. La realización del tipo de injusto que constituye la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber jurídico ha de ser, por

---

<sup>159</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P. 65.

<sup>160</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ibíd.

tanto, necesaria, es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico solo puede ser conseguida realizando otro mal. Igualmente la necesidad debe ser también valorada de un modo objetivo, aunque lógicamente teniendo en cuenta la situación concreta en la que se encuentra el sujeto y las circunstancias y medios de que dispone”.<sup>161</sup> Quedando claro que se requiere más que una evaluación objetiva para ver si se cumple este requisito.

Podemos decir entonces, al igual que Baldo Lavilla, que “un conflicto jurídico-penal de esta clase solo se planteará cuando el sujeto necesitado-amenazado, o auxiliante del mismo, emprenda acciones de salvaguarda propias o ajenas que acarreen riesgos típicamente relevantes para terceros-solidarios o para terceros-cualificados, en aras de evitar la realización del peligro inminentemente amenazante. Solo en tal caso, se verá requerido el sistema normativo jurídico-penal a coordinar axiológicamente las posiciones jurídicas encontradas -en conflicto-; siendo precisamente esta la función que desarrollan las reglas del estado de necesidad”.<sup>162</sup> A la falta, por lo tanto, de los dos requisitos estudiados, no se requiere seguir analizando el cumplimiento de más requisitos, pues faltaría la esencia de esta institución.

Pues bien, analizados los dos requisitos, vemos que de ellos se puede derivar otros más y es por eso que el autor Gustavo Labatut ordena y explica los requisitos de la siguiente manera:

- a) “Existencia de un peligro actual o inminente. La única diferencia que al respecto existe con la legítima defensa es que en ésta el peligro proviene de un acto injusto del hombre, al paso que en el estado de necesidad se origina no de un hecho humano, sino de un caso fortuito o fuerza mayor o de un fenómeno natural;

---

<sup>161</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 123.

<sup>162</sup> BALDO LAVILLA, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 122.

- b) Injusticia del mal que se trata de evitar. Lo cual implica que no medie obligación personal de sacrificarse;
- c) Imposibilidad de evitarlo por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, o sea, que la destrucción o menoscabo de éste ha de ser necesario para prevenir el mal que amenaza, sin que se exija, por cierto, certeza absoluta sino la mayor probabilidad. Este requisito, al igual que el correspondiente en la legítima defensa, supone cierta proporcionalidad entre el mal que amenaza y el que se acusa para conjurarlo. Cuestión de hecho que se resolverá con criterio valorativo en cada caso concreto, y
- d) Que el necesitado no haya dado lugar dolosamente al surgimiento del estado de necesidad. Si el peligro deriva de culpa del necesitado, la mayoría de los autores admiten la subsistencia de este instituto”.<sup>163</sup>

Ahora analizaremos cada requisito detenidamente.

#### **4.3.1. Existencia de un peligro actual e inminente.**

Lo primero que debemos decir es que, como Novoa, entenderemos que “el mal [peligro] al que la ley se refiere es toda lesión o detrimento en algún bien jurídico. No constituye mal, por consiguiente, aquello que el ordenamiento jurídico impone al sujeto, aun cuando este, subjetivamente, lo aprecie como un mal”.<sup>164</sup> Como veremos más adelante, hay trabajos u oficios con cierto “estatus” (como la calidad de garante) que la ley contempla y que comprende daños que debe soportar por tal posición en la sociedad. Por ejemplo, el bombero por su labor, debe asumir que tiene el deber de soportar un grado de peligro mayor que una persona que no ejerce tal servicio.

---

<sup>163</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 104.

<sup>164</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 365.

Para Labatut este requisito nos exige que el peligro “esté produciéndose o haya empezado a producirse; o que sea inminente que se produzca, es decir, que sea una contingencia cierta, según los dictados de la sana lógica. No basta que pueda presumirse la concurrencia de un mal futuro.<sup>165</sup> Ya en parte hemos hecho ver que el temor de sufrir algún perjuicio debe tener una fuente razonable y comprobable, además de ser actual.

Siguiendo a Politoff, Matus y Ramírez, entendemos que “real significa “actual, esto es, directamente perceptible por los sentidos. Que sea inminente significa un alto grado de probabilidad, lo que importa un juicio sobre un curso futuro, apoyado en la experiencia causal humana, que debe lograrse con la ayuda de una consideración generalizadora *ex post*”.<sup>166</sup> Por lo tanto, es importante tener en cuenta, aquellas consideraciones comunes que se han tenido sobre un hecho, respecto a lo probable de un riesgo.

Cury al respecto, sostuvo que esto implica que “un peligro aparente o imaginario no bastará para justificar, sin embargo, dados ciertos presupuestos puede dar lugar a una exculpación”.<sup>167</sup> Como podría ser la exculpante del numeral 9 del artículo 10 del código penal.

El peligro en consecuencia, lo entenderemos como lo describe Jakobs, como “un estado en el que se puede pronosticar que la lesión del bien, no es improbable de acuerdo al curso causal que se ha de esperar. El peligro sólo es relevante para un estado de necesidad si sobrepasa el riesgo vital general. Frente a una formulación ampliamente difundida no es necesaria una posibilidad preponderante (o alta) de desenlace fatal, sino más bien hay que tener en cuenta, al ponderar los riesgos, en su caso, un grado pequeño de

---

<sup>165</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 105.

<sup>166</sup> POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Ob. Cit. P. 229.

<sup>167</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. Tomo I. P. 371.

peligro”.<sup>168</sup> Por lo tanto, en los casos es que de conocimiento común que cierto acto o situación conlleva un peligro, no es necesario que probabilidad sea notoria, el hecho de catalogarse algo como “peligroso” no muestra una probabilidad suficiente.

Respecto al resolver si existe tal peligro, Roxin comentó que “en lo sustancial hay acuerdo en que se debe enjuiciar ex ante (o sea desde la perspectiva antes del hecho) si concurre un peligro; pues es durante el hecho y no después cuando hay que verificar si una acción está justificada o no. Y también se acepta de modo general la tesis de que de la concurrencia de peligro no se puede enjuiciar de un modo puramente subjetivo, desde la perspectiva de quien actúa en estado de necesidad; pues el tenor de la ley vincula la justificación a la concurrencia de un peligro, no a la mera imaginación del mismo”.<sup>169</sup> Dejando como puntos esenciales en el análisis, que se debe analizar antes de los hechos que haya un peligro y además que debe haber un punto objetivo respecto del temor de sufrir daños.

Sin embargo, para Roxin este análisis objetivo ex ante “no es decisivo para el resultado práctico; pues si alguien en su actuación de estado de necesidad supone que existe un peligro sin infringir el cuidado requerido en el tráfico [lugar donde se encuentra el sujeto necesitado], en cualquier caso actúa conforme a derecho.”<sup>170</sup> Es decir, si una persona aplicando todos los cuidados necesarios en cierta situación para no correr peligro, aun así supone un peligro, de todos modos el daño producido no sería penado.

Sin embargo, hay autores como Novoa que opinan que “si este hecho no existe realmente o no tiene esa aptitud, nos encontramos en un caso de estado

---

<sup>168</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 500.

<sup>169</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 677.

<sup>170</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 678.

de necesidad putativo”.<sup>171</sup> Quedando con carácter de atenuante y contradiciendo a Roxin en el supuesto que si hay estado de necesidad si supone un peligro sin infringir los cuidados requerido, pues ahí también habría un estado de necesidad putativo. De todas maneras creemos que la visión de Roxin es más adecuada, pues deja un campo de aplicación más amplio.

Respecto a esta actualidad, y siguiendo a Roxín, decimos que “un peligro es ya actual cuando, aunque no sea aún inminente la producción del daño, posteriormente ya no sea posible hacerle frente, o sólo lo sea corriendo riesgos mucho mayores”.<sup>172</sup> Cuando un hecho no provoca daño en el momento, pero si lo hará más adelante, no pudiendo afrontarlo, o de hacerlo, se requerirá de mayores sacrificios, también se cumple con el requisito de actualidad.

Agrega el autor además otro supuesto donde “el peligro actual va más allá de la agresión actual, es el peligro permanente. [...] que 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 aún pueda tardar un tiempo en producirse el daño.”<sup>173</sup> Si se sabe que puede ocurrir un daño tarde o temprano, es suficiente para tenerlo por actual.

Respecto al origen del peligro Jakobs afirma que “puede ser una calamidad natural o un comportamiento humano incorrecto, incluso un delito. Esto último se discute, en relación con el supuesto de obrar en estado coactivo, es decir, en relación con instrumento de un autor mediato, argumentando que quien – aún cuando sea coaccionado- se sitúa del lado injusto obra sin aprobación del ordenamiento jurídico. Incluso limitándonos a los casos en los que el autor mediato es enteramente imputable, y limitándonos al comportamiento coaccionado y además limitándonos a los casos en que el autor mediato tiene

---

<sup>171</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 366.

<sup>172</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 680.

<sup>173</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho penal parte general”. Ibíd.



el acontecer en sus manos, no se justifica la exclusión del estado de necesidad, pues al instrumento no le es imputable el hecho del autor mediato y por tanto tiene derecho a la solidaridad como cualquiera que no tiene que responder por peligros propios.”<sup>174</sup> Cabiendo el estado de necesidad incluso si se actúa de manera ilícita.

Para Politoff, Matus y Ramírez “no tiene importancia el origen del peligro, puede tratarse de fenómenos naturales (avalanchas terremotos), del defecto de un acto de terceros (por ej., el que huye de una agresión penetra en casa de una persona ajena) y hasta del propio necesitado; es irrelevante si por culpa de este (imprevisión, descuido, ignorancia) se ha originado la situación de necesidad”.<sup>175</sup> Estos autores tienen una mirada más simplista del tema ya que, respecto al origen del peligro, solo le dan importancia al hecho de una urgencia sin importar (en principio) que o quien lo haya provocado.

A lo anterior podemos agregar lo sostenido por Enrique Cury, quien dijo que el peligro incluso puede ser originado tanto “por un acto fortuito como uno “culposo o aún incluso doloso del necesitado”.<sup>176</sup> Explica además, que “la situación de necesidad puede también ser provocada por una agresión ilegítima, en el caso de que el agredido, en lugar de reaccionar contra el agresor (legítima defensa), procura su salvación lesionando el bien jurídico de un tercero”.<sup>177</sup> Lo importante del origen del peligro es la necesidad que provoca el deber lesionar un bien jurídico para salvar otro.

De todas maneras, para Roxin, es necesario distinguir entre peligros humanos y naturales, pues para él “si alguien es puesto en peligro por personas, su privilegio de estado de necesidad permanece incólume todo el tiempo que se haya comportado de manera adecuada socialmente. Quien, por

---

<sup>174</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. p. 501-502

<sup>175</sup> POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Ob. Cit. P. 229.

<sup>176</sup> CURY URZUA. ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Ob. Cit. Tomo I. P. 371.

<sup>177</sup> CURY URZUA. ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General. Ibíd.

el contrario, injuria a otro de manera imputable o lo perjudica de alguna otra manera, tiene que responder por sí mismo por los peligros que surjan previsiblemente de allí y no puede liberarse impunemente de ellos a costa de otros. Cuando alguien se expone a peligros de la naturaleza tiene motivo suficiente en la medida en que quiera ayudar a otros a buscar un provecho social (como viaje de investigación), siempre que la reconocible puesta en peligro de sí mismo o de otros no supere el beneficio desde el principio”.<sup>178</sup> Lo importante en lo aquí dicho, es distinguir hasta qué punto en cada caso el riesgo debe ser o no soportado. En el caso de que provenga de otra persona, lo relevante es el no haberlo incitado y en caso de que provenga de la naturaleza, en necesario ver que tan prudente o importante era la exposición a un lugar riesgoso.

Lo último que debemos decir de este requisito, es sobre la gravedad que este peligro debe tener. Novoa rechaza que este deba ser grave, pues no está prevista en la ley positiva, él sostiene que “un mal leve nos autorizará solamente a sacrificar un bien ajeno de muy escasa importancia, pero no impedirá que opere el estado de necesidad. La cuestión se traslada así, a la estimación de los bienes en conflicto, pero no constituye un obstáculo para la aplicación del estado de necesidad.”<sup>179</sup> Siendo más importante para el autor, y también para nosotros, que se cumpla cierta proporción entre el daño que se va a provocar y el que se pretende evitar, el cual lo da la ley y no exigiéndose que el peligro sea grave.

Sin embargo, en este punto, es importante tener en consideración lo dicho por Jakobs, quien afirma que “siempre aparece como interés afectado el interés general en que no se produzcan perturbaciones del orden en el bien en que interviene. Así pues, no se puede justificar en absoluto por estado de necesidad

---

<sup>178</sup> ROXIN, CLAUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P.p. 238-239.

<sup>179</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 366.

el liberar de pequeñas situaciones de necesidad cotidiana: la perturbación del orden descarta un balance positivo si se suprime la situación de necesidad insignificante mediante una intervención. Ejemplo: el estudiante que, al ir a coger el autobús, se da cuenta de que va a perderlo y por tanto no podrá asistir a clases, no puede atropellar o empujar a los transeúntes para ir a cogerlo. Naturalmente, la perturbación al orden no impide liberar de una situación de necesidad grave, pues si no nunca habría estado de necesidad".<sup>180</sup> Hay un límite al respecto de la gravedad del estado de necesidad y es la perturbación del orden.

Concluimos entonces el análisis de este requisito afirmando que entendemos como daño, todo detrimento a un bien jurídico, descartando aquellos perjuicios que la ley ordena soportar.

Este peligro debe ser actual, es decir, que esté produciéndose o haya empezado a producirse, pero también es actual aquel que su llegada es inminente. Aquel aparente o imaginario no cabe pero puede dar origen a una causal de exculpación.

El análisis de la actualidad de peligro se debe hacer ex ante y debe ser objetivo, pues no cabe estado de necesidad cuando el temor es solo producto de la imaginación, sin embargo creemos que si es aplicable cuando se actúa en estado de necesidad sobre un peligro supuesto si es que el agente tomó las precauciones debida y aun así temió la ocurrencia de un mal.

El origen del peligro puede ser tanto un acto de la naturaleza como la humano, en este punto, también puede configurarse un hecho delictual pues si para defenderse de este dañ a un bien jurídico de un tercero sería estado de necesidad y no legítima defensa. Es importante distinguir si la situación de necesidad proviene de un hecho natural o humano, pues en el primero solo

---

<sup>180</sup> JAKOBS, GÜNTHER Ob. Cit. P. 512.

podrá recurrir en principio al estado de necesidad si actuó con las debidas precauciones y consideró los riesgos y el último si actuó como se debe y no fue resultado de una provocación.

Por ultimo decimos que la gravedad del peligro no es lo principal pues en la ley no se exige expresamente, sin embargo, hay que considerar un equilibrio entre el bien que se pretende salvar y el daño que se va a provocar, al respecto está el bien jurídico del orden, el cual no se puede romper por pequeñas necesidades cotidianas.

#### **4.3.2. Injusticia del mal que se trata de evitar**

Este requisito implica que de estar ante un mal que por ley debemos soportar, no tenemos derecho a defendernos de él. Como ya dijimos al tratar la función de esta eximente, nadie está obligado a soportar el daño de un interés jurídicamente protegido, por lo tanto todo atentado a los intereses y daños son injustos, a menos claro que por ley le sea exigible soportarlo, como las privaciones de libertad como condena por la comisión de un delito.

Sin embargo como dijo Muñoz Conde el estado de necesidad “supone que el que actúa en esta situación no está obligado a soportarla. Pero si la situación es normal dentro del ámbito de su profesión entonces está, en principio, obligado a soportarla”.<sup>181</sup> Por lo tanto, por muy injusto que sea el peligro, puede haber situaciones como el ejercer cierta profesión u oficio que exige como obligación soportar le daño.

En otras palabras, como dice Roxin, no se puede justificar “la eliminación de un peligro si del conjunto del ordenamiento jurídico se desprende que ha de

---

<sup>181</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 125.

soportarse el daño”.<sup>182</sup> Pues el derecho reconoce situaciones en que soportar el daño es necesario, como el bombero frente a un incendio.

Atendido lo anterior al igual este autor, deducimos que “este elevado deber de portar peligros en consecuencia sólo rige para peligros específicos de la profesión”.<sup>183</sup> Para él, además, esto implica “que aquel que se encuentra en una relación jurídica especial tiene que soportar el peligro aún en el caso de que no lo amenace a él sino a un pariente o persona cercana”.<sup>184</sup> Pues la ley no distingue respecto si debe soportarse solo el peligro que afecte a quién por obligación debe sopórtalo o también cuando este afecta a un pariente o persona cercana.

De esta forma, afirmamos como Jakobs que “el interés jurídicamente reconocido sobre el bien puede verse reducido o contrapesado por el deber de asumir el peligro. Dicho deber puede consistir en un deber especial de una profesión o parte de una posición de garante ante un bien [...] El deber especial puede ser también consecuencia de una privación voluntaria del bien; por eso decae la justificación por el estado de necesidad en los hechos contra la prisión, preventiva o no, ordenada reglamentariamente en un proceso.”<sup>185</sup> Uno también puede voluntariamente renunciar a proteger su bien jurídico, por eso si uno por sus actos luego es detenido, no se puede, en caso de fuga, usar como defensa el estado de necesidad, diciendo que huyó para proteger su bien jurídico de liberad, pues uno actuó de manera ilícita sabiendo que este bien jurídico corría peligro.

Bajo esta premisa, tal como Roxin, entendemos que se excluye de esta exigencia al sujeto que “por estar en una situación jurídica especial, se le podía exigir que soportara el peligro. [...] Por tanto no podrá invocar el §34 [el estado

---

<sup>182</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 696.

<sup>183</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 233.

<sup>184</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 235.

<sup>185</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 511.

de necesidad] si elude el peligro, a pesar de que en los casos normales la preservación de la vida y la salud justifica que se dañen bienes patrimoniales; pues la especial posición de deber hace que los intereses del propietario de la cosa resulten más dignos de protección. Sin embargo, la doctrina pone un límite y entiende que los deberes de soportar el peligro no son deberes de sacrificarse, sino de riesgo; si hay que contar con seguridad o con gran probabilidad de sufrir muerte o un grave daño a la salud, volverá a estar justificado”.<sup>186</sup> Si bien hay un deber de soportar un riesgo, todo tiene un límite, y por lo tanto, el estado de necesidad, cabe, si quien tiene un deber de soportar un riesgo ve que este es extremo, podría de todas maneras quedar impune por esta eximente.

Ahora bien, el no tener la obligación de soportar un daño, no implica el no poder tomar la decisión voluntaria de soportarlo. Como dice Jakobs “en la medida de que el bien sea disponible, al igual que en la legítima defensa, la renuncia a la salvación excluye la justificación de la salvación emprendida a pesar de ello” [...] Si el bien no es (enteramente) disponible (p. ej., la vida), la salvación emprendida en contra de la renuncia (p. ej., al tratamiento médico de una enfermedad) puede constituir un medio inadecuado y por tanto ser un acto antijurídico (tratamiento forzado de una enfermedad) . En todo caso, el resto no disponible si es susceptible de preservación en estado de necesidad. Si este resto es del orden público en general, decae el estado de necesidad (auxilio al estado de necesidad del Estado). En este orden de ideas, por regla general, no se podrá justificar mediante el estado de necesidad el impedir un intento de suicidio”.<sup>187</sup> Todo dependerá de la disponibilidad del bien jurídico.

Sin embargo a lo anterior, Jakobs advierte que “la voluntad de soportar puede también cerrar el paso a un hecho en estado de necesidad en la medida

---

<sup>186</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 701.

<sup>187</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. p. 511-512.

que el cuidado forzoso se convierte en coacción al «favorecido» por tal hecho”.<sup>188</sup> Así por ejemplo, si uno tiene la obligación de soportar un daño por un tratamiento médico, si el paciente es forzado a ello, no es aplicable el estado de necesidad.

Así las cosas concluimos sobre este tema, que salvo excepciones dadas por ley, no hay obligación de soportar un daño, y cualquier amenaza a los intereses o derechos son consideradas injustas, al menos que haya norma en contrario.

Sin embargo, lo anterior tiene un límite, pues el derecho debe reconocer que la obligación de correr un riesgo no implica la de sacrificarse y es por eso, que no es considerado fuera del estado de necesidad, quien por su oficio debe asumir riesgo, éste no actúa al notar que su vida está en peligro (es del todo comprensible por ejemplo que un salvavidas no se arroje al mar a salvar a alguien, si se está en medio de una gran marejada).

A lo anterior debemos agregar que además hay una obligación de soportar el daño cuando voluntariamente se sacrifican bienes disponibles, no siendo injusto el mal. Sin embargo, la voluntad de soportar un daño, como el someterse a un tratamiento médico doloroso, tiene el límite de no ser coaccionado a ello. Es decir, el obligar a tal tratamiento, no es estado de necesidad.

#### **4.3.3. Imposibilidad de evitarlo por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno**

Este requisito apunta al principio de subsidiaridad de esta eximente, es decir, debe ser la última solución posible. Esto significa, como explica Roxín que “el medio empleado para hacer frente al peligro ha de ser el adecuado y el más benigno entre los diversos medios que pueda haber disponibles, es decir, el menos lesivo para bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, a diferencia de la legítima defensa, aquí sí ha de buscarse toda la ayuda que se pueda conseguir

---

<sup>188</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 512.

para hacer frente al peligro antes de atacar bienes jurídicos ajenos: pues en el estado de necesidad solo está en juego la eliminación del peligro y no el prevalecimiento del Derecho”<sup>189</sup> Esta debe ser la medida final, y como se explica, en la especie más que el derecho, solo se pretende eliminar un peligro, lo que implica una aplicación más estricta.

Y es así que para Díaz Palos las palabras que constituyen la nota esencial de esta eximente son “la inexcusabilidad, la inevitabilidad del mal, la cual constriñe, obliga al sujeto a la actuación lesiva de los bienes ajenos”.<sup>190</sup> El no poder evitar mal si no es dañando un bien jurídico ajeno es la base del estado de necesidad.

La regla general es que nadie debe dañar los intereses ni derechos de otro, por ello se debe ser cuidadoso en aplicar el estado de necesidad y en este sentido Roxín advierte que “una exclusión de responsabilidad, cualquiera sea, no entra en consideración cuando el peligro era evitable de otra manera. Y esto ocurre primeramente cuando existía una posibilidad de eliminar el peligro conforme a la ley”.<sup>191</sup> El límite de la aplicación de esta institución es que en ese momento no hubiera otra manera de evitar el peligro, ya que de otra manera, sería muy fácil justificar o exculpar a alguien que daña el bien jurídico de otro porque corría un peligro.

Para Novoa al analizar este requisito dos son los aspectos que la ley considera para declarar esta necesidad: “a) que no se presente ningún otro medio posible que permita evitar el mal mayor; b) que el medio empleado se utilice en la forma que menos perjudique al inocente. Naturalmente que si existen dos medios de igual eficacia y que producirán con su empleo el mismo

---

<sup>189</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 681.

<sup>190</sup> DIAZ PALOS, FERNANDO. Ob. Cit. P. 13.

<sup>191</sup> ROXIN, CLAUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 216.



daño, cualquiera de ellos podrá ser utilizado”.<sup>192</sup> Siempre el estado de necesidad debe ser la última opción, por eso es importante que solo si no hay otra manera de proteger los intereses jurídicos este sea aplicado y por otra parte, de estar la necesidad de dañar un bien jurídico ajeno, que este daño sea el mínimo.

En opinión de Politoff, Matus y Ramírez, al analizar el estado de necesidad en nuestro Código Penal, “el legislador acoge aquí explícitamente el principio de subsidiaridad en materia de acciones salvadoras. De existir varios medios de impedir el mal la ley solo acepta que se escoja el menos perjudicial, a la vez practicable (que se puede o poner en práctica), en las circunstancias concretas. Si existe otro medio salvador menos o igualmente perjudicial y también practicable, aunque más engorroso y lento que el utilizado, la justificante es aplicable”.<sup>193</sup> Esta inevitabilidad, no solo implica, por lo tanto, que sea el único medio para salvar los bienes jurídicos, sino que además, de haber varios medios idóneos practicables en ese momento, se utilice el menos perjudicial dentro del contexto, considerando además en esta opción que, de haber un medio igual o menos perjudicial pero más complejo de utilizar, el optar por otro no provoca el estado de necesidad no sea aplicable.

Esta eximente por lo tanto, y así afirman Bullemore y MacKinnon, “sólo es posible si no existen otras [eximentes] que cumplan la misma finalidad que tal sacrificio (es por ello que se dice que el estado de necesidad no es principal, sino subsidiario, en el sentido de que el sujeto se encuentra obligado a escoger, entre los medios practicables, aquel que resulte menos perjudicial)”.<sup>194</sup> Este requisito será el que coloca al estado de necesidad en una situación de subsidiaridad, jamás siendo el primer recurso para la solución de un conflicto de intereses.

---

<sup>192</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 368.

<sup>193</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Ob. Cit. P.p. 231-232.

<sup>194</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Curso de Derecho Penal”. Ob. Cit. P.p. 97- 98.

Por lo tanto, es de todo aceptable lo dicho por Roxin, de que “es necesaria toda acción en estado de necesidad que no pueda ser sustituida por una menos dañosa. [...] Sin embargo solo es preciso recurrir a los bienes jurídicos que está más próximos cuando ello tenga lugar dentro de una ponderación razonable”<sup>195</sup>. Es decir, esta imposibilidad de actuar de otro modo dependerá también del contexto y los medios que se estén presentes en ese momento para hacer frente al peligro.

El autor cree además sobre este punto que es aplicable el estado de necesidad “cuando se puede disponer de varios bienes igualmente idóneos para la intervención salvadora y el agente elige uno de ellos”.<sup>196</sup> Lo que es de toda lógica, pues si se debe invadir una morada, para hacer una llamada de auxilio da lo mismo si es una casa u otra.

Respecto a cómo calcular la levedad del daño que se va a provocar Jakobs explica que esta “se determina por las importancias de los intereses en juego [...] Si el salvador puede recurrir a bienes de del ámbito jurídico del que se verá favorecido por la acción del estado de necesidad, ello prevalece sobre la intervención en bienes de terceros en tanto los bienes del favorecido no preponderen esencialmente, es decir, siempre que no lleguen a convertirse a su vez en susceptibles de protección en estado de necesidad”.<sup>197</sup> Esto es lo principal al encontrarnos con varios medios inidóneos, solo se podrá dañar bienes de un tercero cuando los bienes de aquel que se pretende proteger son de tal relevancia que el sacrificarlos permitiría protegerlos también por esta institución.

Por lo tanto, para este autor es de toda lógica que “los bienes del salvador - no favorecido por el hecho- no tienen por qué emplearse antes que los bienes

---

<sup>195</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 682.

<sup>196</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho penal parte general”. *Ibíd.*

<sup>197</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 503.

de terceros. Siempre que haya disponible varios bienes de la misma importancia – ejemplo: varios vehículos para llevar a un enfermo- el salvador puede elegir. Prevalecerá la intervención de los bienes del responsable del peligro”.<sup>198</sup> De esta manera se respeta el principio de subsidiariedad al permitir que se utilice bienes de un a tercero antes que los del salvador y si entre estos bienes están los del responsable del peligro la intervención en estos deberá ser la primera opción.

Sobre esta idoneidad exigida del medio Roxin advierte que “es necesario aplicarle módulos estrictos, para no perturbar inútilmente bienes jurídicos ajenos. No obstante, es cierto que un medio no es ya inidóneo por el hecho de que el mismo no pueda evitar con seguridad o con elevada probabilidad; por tanto se puede llevar a un herido grave a un hospital rebasando la velocidad máxima autorizada aunque sea dudoso que aún se le podrá salvar. Pero como mínimo la infracción de la norma tiene que aumentar de modo medible las oportunidades de preservar el interés más valioso”.<sup>199</sup> Todo dependerá del desarrollo de la situación, lo importante es que sea el medio disponible que mejor pueda evitar el mal, aunque en la práctica no sea el más seguro o no de grandes probabilidades de salvar el bien jurídico, solo importa que en algo aumente las oportunidad de salvar el bien jurídico dentro de del contexto.

Como vimos en el requisito anterior, existen personas que tienen el deber de soportar un riesgo, para Jakobs, en este requisito, se debe averiguar que no haya alrededor personas especializadas pues para él “el auxilio de otras personas, que atenúa la intervención salvadora, bien sea auxilio policial o particular, no solo ha de aceptarse si éstas están presentes, sino también si se pueden buscar; de lo contrario, no se puede considerar necesaria una intervención no atenuada. Naturalmente si el costo de buscar el auxilio asciende

---

<sup>198</sup> JAKOBS, GÜNTHER. *Ibíd.*

<sup>199</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho penal parte general”. *Ob. Cit.* P. 681.

hasta una medida ya no proporcionada (aquí en el sentido de igual) a la atenuación que se espera, o el riesgo del daño aumenta de modo desproporcionado, se puede intervenir sin auxilio ajeno y de modo no atenuado: Un intento de salvación que al menos tiene el mismo costo que lo que va a reportar no hace falta ni que se intente”.<sup>200</sup> Es decir, es casi una obligación antes de actuar averiguar si hay alguien con el deber o preparado para afrontar tal riesgo y exigir que intervenga.

Sobre este requisito Labatut advierte que “es evidente que la ley no ha podido colocarse en una posición excluyente, o sea, la del medio practicable absolutamente menos perjudicial ya que una vez pasada la realidad o la inminencia del peligro será posible discernir otros medios menos perjudiciales que el empleado, conocidas todas las circunstancias del caso, su desarrollo y sus efectos. Así pues, habrá de considerarse la acción como inevitable, no sólo cuando no exista en sentido absoluto otro medio de evitar el mal que se trata de impedir, sino también cuando existiendo un procedimiento menos perjudicial, este no haya podido ser apreciado por el agente o al menos resulte explicable el que no lo haya previsto, dadas las condiciones en que actuó”.<sup>201</sup> Como hemos dicho, todo dependerá del contexto en que ocurran los hechos, puede haber muchas maneras de salvar un bien jurídico sin perjudicar a un tercero o de perjudicarlo ser poco dañinos, pero si en el momento, no estaban disponibles, o de estarlo, eran muy complejo de aplicar, ello no implica la imposibilidad de utilizar en la defensa el estado de necesidad.

. Novoa también llama la atención sobre el hecho de que el medio sea practicable, pues para él “el legislador acude al medio practicable, para expresar con ello que la conducta del sujeto habrá de ser juzgada conforme a las posibilidades del momento y a las circunstancias concretas y no de modo

---

<sup>200</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 504.

<sup>201</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 105.

abstracto o general. Para los efectos de la justificante habrían de considerarse solamente las posibilidades objetivas; sin embargo, en la práctica judicial se toma en cuenta la perturbación anímica del sujeto originada en la tensión psíquica que vive en los instantes de peligro, con lo cual, aunque lastimando la integridad de los principios, se procuran soluciones justas. En lógica estricta todo aquello que mira a lo subjetivo del sujeto imputado es propio del estudio de su culpabilidad (reprochabilidad) y no del examen de una causa de justificación”.<sup>202</sup> Es necesario reconocer la imposibilidad de hacer un análisis puramente objetivo, si bien la subjetividad es parte de la culpabilidad, no por eso debe quedar fuera en el análisis de los hechos en que se debe aplicar esta causal cuando es de justificación.

Como se advierte, este requisito implica que sea un medio idóneo, el menos dañino y que haya un equilibrio entre el bien jurídico que se va a dañar y el que se pretende salvar, como veremos más adelante, en el caso del estado de necesidad justificante, será un bien menos valioso que el que se pretende salvar y en el caso del estado de necesidad que nosotros clasificamos como exculpante lo que importa es que no sea esencialmente más valioso que el que se pretende salvar. Todo este análisis, en especial la valoración de los bienes jurídicos en juego, según lo dicho por Cury “es una tarea que ha de emprender el juez. Aunque la ley no ofrece soluciones precisas -ni podría hacerlo sin caer en un casuismo inconveniente- suministra algunos criterios que han de tenerse en cuenta. La magnitud de las penas es un auxiliar valioso pero no siempre decisivo. La forma más o menos extensa de protección a los bienes jurídicos en conflicto merece, así mismo, consideración. De todos modos, la ponderación exige una ojeada de conjunto al ordenamiento, y un fino criterio jurídico. La casuística elaborada por los autores al examinar el problema proporciona alguna orientación, al menos para los casos más significativos”.<sup>203</sup> Será

---

<sup>202</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob Cit. P. 368.

<sup>203</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “Derecho Penal Parte General”. Tomo I. Cit. P. 373.

importante para este análisis, el considerar la pena que la ley le otorga por dañar cierto bien jurídico.

Cury en este punto explica que “la valoración a la que aquí se alude es de carácter jurídico, objetivo y relativo. Las valoraciones éticas, religiosas, afectivas o de cualquier otra índole semejante, no pueden ser consideradas. La posición subjetiva especial del agente también ha de excluirse (el artista mediocre no puede salvar su propia obra, por querida que para él sea, sacrificando un Giorgione). En cambio deben tenerse en consideración las relaciones objetivas de carácter especial que, en el caso concreto pueden determinar alteraciones en los valores (la choza del humilde campesino es acaso, toda su fortuna y, por eso relativamente más valiosa que el costoso automóvil del magnate)”.<sup>204</sup> Es decir el valor objetivo del daño será visto según en qué porcentaje daña el patrimonio total del afectado.

Al estudiar este requisito podemos notar al igual que Claus Roxin que esto es una cuestión de tolerabilidad, “la medida en que debe intentarse vías de escape para peligros que sólo pueden ser eliminados con cierta posibilidad o parcialmente”<sup>205</sup> De esta manera, todo dependerá de cuanto se debe tolerar un riesgo, de ahí que queda impune aquel bombero que ve que un incendio que está muy avanzado y decide no ingresar a salvar a las personas.

Sobre este requisito, afirmamos que es el que caracteriza al estado de necesidad como una institución subsidiaria. Para que la justificación no quede excluida es menester que esa posibilidad sea real y adecuada al caso concreto, no meramente teórica. Por ello la ley exige la practicabilidad del medio.

Bajo este carácter de subsidiario, es que este requisito nos indica que el bien jurídico de menor valor solo puede ser sacrificado si no existe otro medio

---

<sup>204</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. *ibíd.*

<sup>205</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Dogmática penal y política criminal”. *Ob. Cit.* P. 217.

practicable y menos perjudicial para salvar al más valioso, y además, debe ser visto desde un punto objetivo especial, donde quizás para algunos un bien jurídico no tenga tanta importancia pero si para otros.

Es importante tener en cuenta, que lo complejo de la vida hace imposible tener una fórmula única para determinar si se cumple este requisito, y como vemos será tarea del juez efectuar este análisis en contexto con la ocurrencia de los hechos, pues tal vez si había un medio menos lesivo pero dadas las circunstancias no pudo ser observado por aquel que veía en peligro sus bienes jurídicos.

De todas maneras vemos que se trata de una cuestión de tolerabilidad, y será ello al final lo que marcará el punto de partida para ver si este era el único medio para salvar un bien jurídico.

#### **4.3.4. Que el necesitado no haya dado lugar dolosamente al surgimiento del estado de necesidad**

Este requisito nos dice que en principio, aquél que por su culpa dio inicio a un estado de necesidad perjudicando sus intereses y derechos, está obligado por su negligencia a soportar los daños y no cabe la aplicación de esta eximente.

Según Jakobs, “si la responsabilidad reside en el titular del bien en peligro, ello reduce el valor del bien según la medida de la responsabilidad: la puesta en peligro dolosa de un bien disponible excluye completamente la solidaridad; en otro caso, al ponderar ha de tenerse en cuenta una evaluación objetivada reducida del bien en peligro, sobre todo un trato descuidado del bien”.<sup>206</sup> Aquel que dolosamente pone en peligro sus bienes le “resta valor” a su bien jurídico a la hora de ponerlo en juego con otro no cumpliéndose la proporcionalidad requerida entre el bien que se va sacrificar y el que se pretende salvar.

---

<sup>206</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 510.

Roxin frente a esta “desvaloración” explica que, “la ponderación de intereses no se trata de la proporción valorativa abstracta de los mismos, sino de la protección que merecen en el caso concreto, y a esos efectos la provocación culpable de la situación de necesidad en cualquier caso es un punto de vista que hay que incluir en la decisión. Concretamente tendrá una importancia determinante en el caso de la provocación intencional: así, quien premeditadamente se ponga en una situación de estado de necesidad para poder liberarse de ella a costa de otros, no actúa justificadamente aunque sus intereses fueran al margen de ellos sustancialmente preponderantes”.<sup>207</sup> Dejando claro que esta valoración de los bienes tiene como factor las circunstancias en que estas se pusieron en peligro, teniendo influencia la presencia de culpa o dolo en la creación de este.

Jakobs frente a este requisito advierte que “según la doctrina general, la culpa por la situación de necesidad no influirá en el estado de necesidad, lo cual es correcto en la medida en que un bien no enteramente disponible nunca se <pierde en el juego> del todo, y un bien disponible no siempre; pero del sistema de las causas de justificación se deduce que cuanto más imputable sea la situación de conflicto, tanto menos solidaridad se puede reclamar. Así pues el titular del bien puesto en peligro que ha provocado dicho peligro sólo puede conservar un derecho reducido al ejercicio estado de necesidad. Naturalmente, el conflicto no es ya imputable solo porque haya sido causado cognosciblemente: más bien, tienen que haberse dado todos los requisitos de imputación objetiva”.<sup>208</sup> Es decir no queda eliminado del todo el estado de necesidad, sin embargo, su aplicación, según el carácter del bien jurídico en peligro, se verá más o menos reducida. Esta opinión es sobre todo aceptada en países como Alemania donde se considera el “estado de necesidad defensivo” cuyas características veremos más adelante.

---

<sup>207</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 699.

<sup>208</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P.p. 510-511.



Jiménez de Asúa aclaró que “se provoca voluntariamente una situación peligrosa cuando de propósito la creamos. [...] En cambio, no se nos inhabilita del estado de necesidad si culposamente originamos la situación [...]. La frase <no haber provocado intencionalmente> la necesidad, e incluso la de <no haber dado voluntariamente causa> debe entenderse en sentido intencional de creación de conflicto”.<sup>209</sup> Es decir, solo estaría eliminado el estado de necesidad en caso de dolo.

A lo anterior agregamos lo dicho por Muñoz Conde quien sostiene que “en el estado de necesidad solo la provocación intencionada del mismo impide su apreciación. No basta, por tanto, que se haya cometido intencionadamente el hecho (por ejemplo un incendio) que dio lugar a la situación de necesidad, sino que es preciso que sea la situación misma de necesidad la que se haya provocado intencionalmente. Ello hace que la exclusión del estado de necesidad por falta de este requisito sea prácticamente casi imposible, salvo raras hipótesis”.<sup>210</sup> Junto con esto el autor observó que “este requisito de la no provocación intencionada se refiere al que actúa, bien sea el propio afectado o un tercero (auxiliador necesario). En este último caso, el auxiliador necesario actúa justificadamente si lesiona un mal para salvar, por ejemplo, la vida de un tercero, sin saber que ha provocado intencionalmente la situación de necesidad”.<sup>211</sup> Se habla entonces de un dolo que difícilmente estará presente en estas situaciones, y estamos de acuerdo en esto pues, de lo contrario, casos como el aborto terapéutico estarían prohibido porque la pareja no tomó las debidas precauciones para no quedar embarazada.

Es importante en este punto considerar lo dicho por Roxin quien dijo que “es necesario distinguir además según que el autor sólo haya provocado culpablemente su propia puesta en peligro o que también haya podido prever ya

---

<sup>209</sup> JIMENEZ DE ASÚA, LUIS. Ob. Cit. P. 311.

<sup>210</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 125.

<sup>211</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ibíd.

de antemano la necesidad de tener que librarse del peligro mediante una injerencia en bienes jurídicos ajenos; a efectos de ponderación, el segundo caso pesa más que el primero en contra del sujeto que obra en estado de necesidad. En cambio, la provocación culpable por parte de quien actúa en estado de necesidad no constituye un punto de vista relevante para la ponderación cuando el sujeto pone en peligro a otro no implicado y a continuación lo salva a costa de otro tercero no implicado; pues de la provocación del salvador no puede derivarse ningún perjuicio para el sujeto puesto en peligro”.<sup>212</sup> Al momento de analizar los hechos, la culpa de la creación del peligro tiene una influencia casi nula, no así un dolo, quien a la hora de valorar los intereses en juego resta valor al bien que se quiso salvar mediante el sacrificio de otro.

Importante es lo dicho por Politoff, Matus y Ramírez quienes opinan que “si el autor produjo intencionalmente el peligro contando con la lesión del bien jurídico para superar el conflicto, es un supuesto de abuso del derecho, impidiendo la admisión de esta eximente de responsabilidad penal”.<sup>213</sup> Para ellos y también para nosotros, es importante tener límites claros respecto a la aplicación de esta eximente, pues el abuso de esta sería un grave problema.

Roxin agrega a este requisito que, “para la exclusión del privilegio de estado de necesidad no debe exigirse más que una causación del peligro. Esto no contradice el tenor de la ley, porque este no se centra solamente en la causación, sino en si puede exigirse al autor, en contra de su voluntad que soporte el peligro. Luego todo desemboca en los presupuestos de la “tolerabilidad (o exigibilidad)”.<sup>214</sup> Es decir, además de la presencia de dolo hay que analizar los motivos de tal acción.

---

<sup>212</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 699.

<sup>213</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Ob. Cit. P. 229.

<sup>214</sup> ROXIN, CLAUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 237.

Por todo lo anterior, es que el autor declara que, “debe admitirse por regla general que no debe exigirse al autor que soporte el peligro pese a que él ha causado la situación de estado de necesidad; esto todavía puede ser perfectamente armonizado con el tenor de la ley gracias a que se puede recurrir a la cláusula general de tolerabilidad”.<sup>215</sup> Agregando que en el caso de que “sea el rescatado y no el autor bajo el estado de necesidad quien ha causado el peligro, se tendrá igualmente que admitir por regla general una exclusión de responsabilidad”.<sup>216</sup> Lo importante es que nadie está obligado a ser un súper héroe, y todo juicio al respecto deberá hacerse considerando el contexto en que ocurrieron los hechos.

Tenemos que cuando es uno que el que provoca el peligro a sus bienes, en principio debe soportarlos, sin embargo, es importante que tal hecho sea intencional, la culpa no excluye el estado de necesidad, solo cuando nos encontramos con dolo, que además es difícil de encontrar. Pero de estar presente, este afectaría el “balance” entre los bienes en conflicto, afectando negativamente al que se pretende proteger, quitándole valor.

Sin, embargo, vemos que este requisito no es del todo absoluto, hay un principio que dirige el orden jurídico, que es proteger los derechos y los intereses de cada uno. A esto se debe agregar y reiterar que las causas en que se aplica esta eximente de responsabilidad son muy excepcionales y, además, que es imposible que una norma las abarque todas. Requiere por lo tanto una interpretación amplia y en consideración a cada caso en concreto. Por otra parte veremos que hay legislaciones que contemplan el “estado de necesidad defensivo” el cual está dirigido justamente cuando quien provocó el peligro es el propietario del bien que se pretende salvar, viendo que no sería justo negar esta eximente en estos casos.

---

<sup>215</sup> ROXIN, CLAUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 241.

<sup>216</sup> ROXIN, CLAUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ibíd.

Esto implica ,que debemos sostener que el hecho de que uno mismo haya causado el estado de necesidad no siempre obliga a soportar el daño, sino que es posible dañar bienes jurídicos o interés ajenos para proteger los propios, eso sí, bajo cierto contexto.

#### **4.4. Diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa**

Consideramos que es de mucha importancia este ítem, pues, a simple vista, es fácil confundir ambas eximentes de responsabilidad, en principio, porque en ambas se presenta el principio de destruir un bien jurídico ajeno con tal de salvar aquellos que son propios, pero, veremos que los fundamentos de ambas son distintos y por ende las circunstancias en que son aplicables cada una.

Y así como advierten Bullemore y MacKinnon “el fundamento de esta causal [el estado de necesidad] es aproximadamente el mismo que el de la legítima defensa, en el sentido de que la causal opera en tanto persista el estado de peligro para el bien jurídico”.<sup>217</sup> Ambas causales tienen como fundamento el peligro de un bien jurídico.

De la misma manera, Labatut dijo que el “común denominador entre esas dos causales de justificación es la existencia de un mal injusto que amenaza y del cual el amenazado no puede librarse sino ejecutando un acto aparentemente delictuoso”.<sup>218</sup> En ambos casos es necesario dañar un bien jurídico en post de otro.

Y es así que, al igual que Etcheberry, decimos que “tanto la legítima defensa como el estado de necesidad tienen una misma raíz: la situación de necesidad o peligro para un bien jurídico propio. La diferencia estriba en que este peligro, en la legítima defensa, proviene de un acto ilegítimo de un tercero, en tanto en el estado de necesidad procede de circunstancias que no constituyen agresión.

---

<sup>217</sup> BULLEMORE, VIVIAN y MACKINNON, JOHN. “Curso de derecho penal”. Ob. Cit. P. 97.

<sup>218</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 103.

En la legítima defensa, el titular del bien sacrificado es el agresor, que por su culpa (al menos ordinariamente) se ha expuesto a perderlo. En el estado de necesidad, el titular del bien jurídico sacrificado no tiene culpa alguna de la situación de peligro creada, y si debe soportar tal sacrificio, es exclusivamente en atención a la preponderancia, la mayor magnitud del bien que se salva”.<sup>219</sup> Sin embargo aquí no concordamos que sea absoluta necesidad de ausencia de culpa para que esté presente el estado de necesidad.

Una de las formas de explicar las diferencias entre estas dos instituciones es la presentada por Carrara, quien sostuvo que “el acto en cual el hombre se determina por dicho constreñimiento puede revestir dos formas, a saber la de la acción y la de reacción”.<sup>220</sup> Para él, “se tiene efecto de acción, cuando la violencia procede de un caso fortuito o de un tercero, y cuando el acto al cual echa mano el hombre para salvarse del mal que lo amenaza, se dirige contra una persona que no era causa de ese mal”.<sup>221</sup> Y se agrega que “se tiene el efecto de la reacción, cuando para librarnos del peligro inminente, repelemos al mismo que nos anuncia y, por la necesidad de nuestra defensa, no nos limitamos al simple rechazo, sino que procedemos también a la ofensa del agresor”.<sup>222</sup> En otras palabras, este autor diferencia estas instituciones diciendo que el estado de necesidad sería una “acción” frente al peligro y, la legítima defensa, por su parte, una “reacción”.

Por otra parte, y ya podemos notar, al igual que Jiménez de Asúa, que “mientras en la legítima defensa el conflicto surge entre el interés ilegítimo del agresor (matar, robar, violar, etc.) y del bien jurídicamente protegido del atacado (vida, honor, libertad, propiedad, etc.), en el estado de necesidad *sensu stricto* el conflicto se produce entre dos intereses legítimos, procedentes de dos bienes

---

<sup>219</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 262.

<sup>220</sup> CARRARA. FRANCESCO. “Programa de derecho criminal” Tomo I. Bogotá, Colombia. Editorial Temis Bogotá. 1956-67. P. 197.

<sup>221</sup> CARRARA. FRANCESCO. *Ibíd.*

<sup>222</sup> CARRARA. FRANCESCO. *Ibíd.*

jurídicos igualmente protegidos por la leyes”.<sup>223</sup> La cual es para nosotros, la principal diferencia y la que mejor facilita la posibilidad de reconocer una u otra causal.

La gran diferencia se encontraría por lo tanto, siguiendo lo dicho por Labatut, en la naturaleza de los de los intereses en conflicto donde “en el estado de necesidad surge entre dos intereses igualmente legítimos; en la legítima defensa, en cambio, es legítimo el interés del agredido, pero no el del agresor”.<sup>224</sup> Esto es lo principal para distinguirlos.

Tenemos entonces diferencias, las que Novoa resumió de la siguiente manera: “a) en aquél, como se dijo, el peligro de ordinario, es del orden natural y no tiene como causa inmediata una acción humana; b) en el primero, según lo explicó Carrara, hay una acción para evitar el peligro y en la segunda se produce una reacción contra la agresión ilegítima, y c) en la defensa legítima se sacrifican la persona o los bienes del injusto agresor, en cambio, en el estado de necesidad se sacrifica el bien jurídico de un inocente”.<sup>225</sup> Quedando como los principales factores a considerar para reconocerlas, el origen del peligro, el tipo de respuestas frente al peligro (acción o reacción) y la naturaleza de los bienes jurídicos en juego (legítimos o ilegítimos).

Concluimos en este punto del trabajo, que si bien tanto la legítima defensa como el estado de necesidad tienen una naturaleza parecida, que es el daño de un bien jurídico para proteger otro, y que ambos tienen el efecto de dejar tal daño impune, vemos diferencias importantes, y las principales serían que, en el caso de la legítima defensa, se daña el bien jurídico del autor de un hecho ilícito y, por lo tanto ese bien jurídico no está protegido, al contrario, en el estado de necesidad donde se daña el bien jurídico de un tercero no responsable del

---

<sup>223</sup> JIMENEZ DE ASÚA, LUIS. Ob. Cit. P. 303.

<sup>224</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 103.

<sup>225</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P.356.

peligro y por tanto con este bien jurídico tutelado. Otra diferencia es la procedencia del peligro, que en el caso de la legítima defensa de un hecho ilícito, en cambio en estado de necesidad este puede provenir de un hecho de la naturaleza, de un tercero, pero no de un hecho delictual. Por último, se entiende que la legítima defensa es una reacción ante un acto ilícito y en el estado de necesidad es una acción frente a un peligro.

En este orden de ideas consideramos suficientemente tratado el tema y habiendo entregado los elementos que nos permiten identificar por una parte, cuándo es aplicable una eximente de responsabilidad penal y por la otra cuál es la función de cada una. Cabe agregar una última diferencia fundamental para este trabajo, el hecho que la legítima defensa solo será una causal de justificación, a diferencia del estado de necesidad, que como afirmamos a lo largo del trabajo, puede ser según los intereses en conflictos, una causal de justificación o una causal de exculpación.

A continuación se analizarán los tipos de estado de necesidad con especial detalle dos de ellas como se señalará.

#### **4.5. Explicación de los diferentes estados de necesidad**

Aquí veremos que el estado de necesidad no es solo uno, sino que tiene distintos efectos según las circunstancias en la que este puede aplicarse. Esto hace que la ley y la doctrina adviertan varias modalidades de esta exculpación y por ello, se han llegado a desarrollar a lo largo de la historia de esta eximente, dos tipos de clasificaciones en consideración a dos factores distintos de la situación de necesidad.

La primera clasificación, en la que tenemos más interés, es aquella enfocada en principio en la relevancia de los bienes jurídicos en conflicto. Aquí se distingue por un lado, el estado de necesidad donde el bien a sacrificar es menos relevante que el que se pretende salvar, correspondiente al estado de

necesidad justificante, pues es del todo entendible por el derecho tal sacrificio no sienta un acto antijurídico, y, por otro lado, la situación cuando se encuentran en conflicto dos bienes jurídicos donde el bien a sacrificar es de igual o mayor entidad que aquél que se pretende salvar, donde el derecho no puede justificar tal sacrificio, pero sí puede entender que hay situaciones en que no se puede exigir otra reacción y que si bien es un acto antijurídico, no hay culpa, correspondiente al estado de necesidad exculpante.

La segunda clasificación que vamos a mencionar, muy poco tratada en la doctrina chilena, es aquella que distingue entre el estado de necesidad agresivo y defensivo, y toma en consideración para ello al origen del peligro, en concreto, si éste proviene de un factor externo o de la esfera de quien deberá soportar la lesión sus bienes jurídicos. Si bien en nuestra legislación y doctrina, no es muy estudiada, veremos que al analizar el artículo 10 N°11, se puede cuestionar su naturaleza de estado de necesidad exculpante, pues, en esta clasificación solo es aplicable al estado de necesidad justificante, y veremos que la norma contenida en el numeral aquí estudiado es posible encajarlo como estado de necesidad justificante defensivo.

Con el simple hecho de referirnos a los diferentes estados de necesidad dejamos en claro que somos adherentes, como la mayoría de la doctrina, a la teoría diferenciadora y no unificadora de esta eximente. En otras palabras, negamos que esta tenga solo una naturaleza. En el estudio de la clasificación entre estado de necesidad justificante y exculpante se desarrollaran más a fondo estas teorías.



#### **4.5.1. Explicación detallada del Estado de necesidad justificante y exculpante**

Esta clasificación es la que consideramos más relevante para este trabajo, porque es aquí donde queremos ubicar la eximente de responsabilidad del artículo 10 N°11.

Debemos empezar con las palabras de Labatut quien afirma, tal como nosotros, que “a la época de dictación de nuestro código la teoría del estado de necesidad no se hallaba aun elaborada y que por eso esta justificante aparece en él de forma muy incompleta, pues sólo considera los conflictos entre bienes desiguales en que se sacrifica la propiedad ajena [Art. 10 N° 7 CP]. Siendo tan estrecho el marco de la eximente, los conflictos entre vidas humanas y muchos otros en los cuales aparece una evidente motivación anormal deben incluirse en la causal de no exigibilidad del artículo 10 N° 9 del CP [miedo insuperable].”<sup>226</sup> Este autor se refiere a un vacío legal que en la actualidad, con la reforma de Diciembre del 2010, podemos decir que ha quedado terminada, recogiendo esta eximente con más plenitud, pues con la introducción del artículo 10 N° 11, se introduce en el Código Penal un estado de necesidad que si abarca tales conflictos.

En este marco, podríamos decir, como lo hizo Bustos, que en el estado de necesidad existen dos tipos de conflicto, “entre bienes jurídicos de diferente valor o entre bienes jurídicos de igual valor. Esta doble posibilidad de colisión ha dado lugar a que en la doctrina se plantee si esta causa de exención de la responsabilidad criminal tiene naturaleza, por una parte, exclusivamente exculpante o, exclusivamente justificante (teoría de la unificación) o, por otra (teorías de la diferenciación), si en un caso es justificante (conflicto entre bienes jurídicos de desigual valor en que se sacrifica el de menor valor) y en el otro es

---

<sup>226</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO. “Derecho Penal”. Ob. Cit. P. 104.

exculpante (conflicto entre bienes jurídicos de igual valor)".<sup>227</sup> Nosotros somos adherentes a la segunda teoría, al considerar al art. 10 N° 11 como una causal de exculpación, y creer que solo de esta manera tendremos un estado de necesidad amplio.

Manalich nos dice al respecto, que al momento de clasificar qué tipo de causal es el estado de necesidad, "es fundamental advertir que existe el riesgo de incurrir en un vicio esencialista, consistente en asumir que, por su naturaleza, el estado de necesidad necesariamente tendría que adjuntarse a una u otra categoría. Pues esto desconocería que la determinación de si el estado de necesidad es reconocido como una causal de justificación, lo que bien como una causa de exclusión de la culpabilidad, es una determinación que depende de una definición legislativa. Y no hay razón alguna para descartar que el legislador pueda adoptar un régimen dualista, de conformidad con el cual algunas situaciones del estado de necesidad, bajo determinados presupuestos, del lugar a una causa de justificación, mientras que otras situaciones de estado de necesidad, bajo determinados presupuestos, den lugar a una causa de exclusión de la culpabilidad".<sup>228</sup> No seguir la doctrina dualista, deja vacíos legales y situaciones que serían injustamente penadas por tener una eximente de responsabilidad demasiado estrecha.

García Soto nos hace notar que la distinción entre esta clase de estado de necesidad exculpante y la justificante sería, por lo tanto, "obra de la teoría alemana de la diferenciación. [...] Esta atendía a la valoración de los bienes (o males) en conflicto para decidir si la conducta quedaba justificada o exculpada. En caso que estos tuvieran distinta valía, la hipótesis se resolvía [como veremos] a través de la causal de justificación del artículo 10 N° 7 del Código Penal, pues se trataba de conductas que el Derecho autorizaba, en las cuales

---

<sup>227</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. "Obras completas". Ob. Cit. P. 907.

<sup>228</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P.p. 717-718.

se excluía el carácter antijurídico de las mismas, siempre que se cumpliera con las demás exigencias legales para entenderla configurada. En cambio en el estado de necesidad exculpante, no existe un derecho general de auxilio, pues una acción que sacrifica un bien jurídico de valor equivalente al que salva es enjuiciada negativamente por el Derecho. Lo que existe aquí es una alteración en el proceso motivador del sujeto que impide la formulación del reproche de la culpabilidad, conformado por una causal de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta”.<sup>229</sup> De esta manera, entendemos que una causal puede tener distinta naturaleza, pero, un mismo objetivo, el dejar impune un constitutivo de delito motivado por un peligro que amenaza los bienes jurídicos del autor o a terceros.

A lo anterior resulta del todo acertado lo dicho por Vargas Pinto, quien escribió que “no es igual un supuesto de necesidad en el que una persona para salvar su vida amenazada por un sujeto armado (mal que se trata de evitar) ingresa en una morada ajena (mal causado a un inocente, no agresor ilegítimo) como único camino o salida, que en el caso del que para salvar su vida expuesta aún al mismo riesgo (mal del disparo que se trata de evitar) mata a otro inocente (mal causado no al agresor ilegítimo), aunque se establezca como única posibilidad. Hay exigencias comunes que constituyen lo que es una conducta necesaria, pero no parecen ser idénticos los efectos para el Derecho en ambas hipótesis aunque impliquen de todas formas una eximente”.<sup>230</sup> Efectos distintos que la ley debe considerar.

Como seguidores de la teoría de la diferenciación afirmamos entonces, al igual que Díaz Palos, que “el estado de necesidad es una institución bifronte en cuanto a causa de justificación o de inculpabilidad [o exculpación], siquiera

---

<sup>229</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P. 231.

<sup>230</sup> VARGAS PINTO. TATIANA. ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11” EN: VAN WEESEL. ALEX. (Editor). “Humanizar y repensar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury”. Santiago, Chile. ThomsonReuters. 2013. P. 760.

predomine el primer carácter, por ser muchos más numerosos los casos en que los bienes que entran en colisión son de desigual entidad y más raros, pero más dramáticos, los casos en que los bienes en pugna son de igual magnitud”.<sup>231</sup> No por el hecho de que una causal tenga menos aplicación se debe negar la necesidad de incluirla en la legislación.

Este autor explica, por otra parte, que la necesidad de esta doble naturaleza es por “su esencia, aglutinante de los más dispares supuestos de la *necessitas*, que radica en la inevitabilidad del mal que obliga al sujeto a lesionar los bienes jurídicos ajenos de cualquier clase que sean. Es esta posibilidad de lesionar cualquier bien jurídico, incluso el de máxima protección: la vida humana, la que permite considerar el estado de necesidad en toda su amplitud y la que da la base de la expansión que hoy ha alcanzado”.<sup>232</sup> Llegando así a la conclusión que “ese doble signo, objetivo y subjetivo [a entender el acto y la motivación del acto], que acusa el origen del *status necessitatis*, preside aún su naturaleza jurídica, que por lo tanto es dualista y no unitarista: causa de justificación y, cuando el bien del sujeto amenazado es de mayor rango jurídico que el bien del sujeto atacado, y causa de inculpabilidad, cuando ambos bienes están en paridad jurídica”.<sup>233</sup> Queda claro que, ver esta institución de una manera unitarista, sería negar la esencia de esta.

Es por todo lo anterior que Muñoz Conde afirmó que este modo de pensar “ha dado pie a la doctrina dominante para considerar que en su seno [del estado de necesidad] se encuentran recogidas dos formas distintas de concebirlo”.<sup>234</sup> Siendo por lo tanto la actual manera de concebir esta causal.

Para diferenciar frente a qué tipo de estado de necesidad nos encontramos por lo tanto, según explican Bullemore y MacKinnon, “se atiende al hecho de si

---

<sup>231</sup> DIAZ PALOS, FERNANDO. Ob. Cit. P. 17.

<sup>232</sup> DIAZ PALOS, FERNANDO. Ob. Cit. P. 83.

<sup>233</sup> DIAZ PALOS, FERNANDO. Ob. Cit. P. 84.

<sup>234</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 122.

los bienes jurídicos son o no de igual entidad. En el caso de la legislación chilena, como veremos más adelante, si son de igual entidad, o de jerarquía diversa, pero si el bien jurídico que se sacrifica es uno diverso a de la propiedad, solo podremos encontrarnos frente a un estado de necesidad exculpante (exculpabilizante), que refleja una colisión de deberes. Si son de entidad diversa y el bien jurídico de menor entidad a sacrificarse es la propiedad, solo entonces nos encontramos ante un estado de necesidad justificante (colisión de intereses)".<sup>235</sup> Siendo el principal factor diferenciador, el valor de los intereses en conflicto.

Es necesario aquí destacar lo dicho por Novoa sobre la legislación chilena antes de la dictación de la ley 20.480, quien al estudiarla reconoce "que apreciaremos más fácilmente la diferencia, al advertir que el estado de necesidad de que ella trata, constituye siempre una causa de justificación, en tanto que la coacción moral carece de eficacia para eliminar la injusticia objetiva del hecho que comete el amenazado, el que podrá quedar exento de responsabilidad penal solamente por razones que miran a lo subjetivo".<sup>236</sup> Haciendo notar lo poco desarrollada que estaba en esos tiempo el estado de necesidad.

Actualmente, como dice Bullemore, "el estudio del estado de necesidad comprende dos instituciones, el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante. El primero, del artículo 10 n° 7 del Código Penal, que se refiere, en el plano objetivo, a una colisión de intereses y exclusivamente a salvamento de bienes jurídicos de mayor valor, y en el caso de este numeral, sacrificando solo el bien jurídico propiedad.[...] Por otra parte, el estado de necesidad exculpante no se significa una colisión de intereses, sino más bien

---

<sup>235</sup> BULLEMORE, VIVIAN y MACKINNON, JOHN. "Curso de derecho penal". Ob. Cit. P. 98.

<sup>236</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P.p. 356-357.

una colisión de deberes”<sup>237</sup>. Según él y para nosotros, no hay duda respecto a la naturaleza del estado de necesidad comprendido en el numeral 11 del artículo 10 del Código Penal.

Como vimos, durante mucho tiempo la doctrina discutió cuál era la naturaleza del estado de necesidad, algunos decían que era solo una causal de justificación y otros que era solo de exculpación. Esto debido a su amplitud en la protección de bienes y en aquellos en que se pueden llegar a dañar bajo una situación de necesidad. Ahora bien, con la “teoría de la diferenciación”, una de las más aceptadas por la doctrina actual, la que en pocas palabras, dice que según el valor de los intereses en conflictos será una eximente justificante o exculpante, esta discusión parece haber llegado a su final. Decimos ahora que si el bien jurídico que es dañado es de menor valor que el que se pretende salvar será una causal de justificación pero si ambos intereses tiene el mismo valor será de exculpación.

Por otra podemos afirmar que la ley 20.480 del año 2010 vino a completar un vacío legal que tenía nuestra legislación que consideraba antes de esta, sólo el estado de necesidad justificante, terminado con la injusticia y dificultad de poder dejar impunes los hechos que esta norma contempla.

La causal de estado de necesidad solo está tratada en su real amplitud si se considera su doble naturaleza y esto se debe a que su esencia, la situación de necesidad es en sí compleja.

A continuación vamos a analizar cada estado de necesidad por separado, explicando, en qué consisten, sus fundamentos y efectos.

---

<sup>237</sup> BULLEMORE, VIVIAN. (director) Ob. Cit. P. 62.

#### 4.5.1.1. Estado de necesidad justificante

Este estado de necesidad está claramente recogido en nuestra legislación en el artículo 10 N° 7 del Código Penal. Se analizará esta eximente y también este numeral, para explicar cómo es abordado en este país. No nos centraremos en detalles de explicar cada requisito, pues lo que pretendemos es solo una explicación general de ésta para ver en qué se distingue del estado de necesidad justificante.

El Código Penal nos dice lo siguiente es su artículo 10: “Están exentos de responsabilidad criminal: 7° el que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1° Realidad o peligro inminente de mal que se trata de evitar.

2° Que sea mayor que el causado para evitarlo.

3° Que no haya otro medio practicable menos perjudicial para impedirlo.”

Este fragmento citado correspondería a la consagración en nuestra ley del estado de necesidad justificante, hasta hace poco el único estado de necesidad consagrado.

Así las cosas, debemos empezar con la opinión de Couso quien afirma que “el tratamiento doctrinario del estado de necesidad justificante se ha centrado a lo acotado de su ámbito de aplicación en nuestra legislación (solo permite sacrificar la propiedad y la inviolabilidad de la morada), así como su comparación con el estado de necesidad exculpante”.<sup>238</sup> Esto último luego la dictación de la ley 20.480.

---

<sup>238</sup> CUOSO JAIME. “Comentario artículo 10 n° 7” EN COUSO, JAIME Y HERNADEZ, HECTOR (Directores). “Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia”. Santiago. Chile. Abeledo Perrot. 2011. P. 234.

Es evidente entonces la primera característica de esta disposición, tal como la destacó Novoa, y es que “establece dos grandes limitaciones: a) solamente reconoce el estado de necesidad para el conflicto entre bienes desiguales, y; b) solamente incluye los hechos que producen daño en la propiedad ajena”.<sup>239</sup> Su aplicación por lo tanto, es muy acotada.

Novoa agrega que en los requisitos “al señalar una jerarquía entre los bienes afectados, el legislador está concediendo preponderancia al más valioso y esta preferencia envuelve en sí misma la voluntad de que en caso de conflictos sea éste el que haya de salvarse”.<sup>240</sup> Dejando en claro su carácter justificante.

Explicando lo anterior de mejor manera, el autor escribió que “cuando se sacrifica un bien menor como único medio para evitar la lesión de un bien jurídico más valioso, la generalidad de los juristas piensa que la conducta queda justificada. Desde que el Derecho ha establecido una jerarquía entre los diversos bienes jurídicos, asignando a unos preponderancia sobre otros o mayor valor que otros, queda establecida entre ellos una preferencia que permite señalar, en caso de conflicto, como conducta ajustada a sus normas, aquella que tiende la preservación del bien preponderante”.<sup>241</sup> El Derecho entonces, resta antijuricidad a los hechos si se cumple con esta jerarquía.

Todo esto nos lleva a poder definir el estado de necesidad justificante tal como lo hace Cousiño como “la situación de peligro actual en la que se encuentran los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, en la cual no existe otro recurso para la protección de aquellos de mayor valor, que la lesión

---

<sup>239</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 362.

<sup>240</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 363.

<sup>241</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P.p. 357-358.



o sacrificio de los que tiene un menor valor”.<sup>242</sup> Destacando la necesidad de la diferencia de valor en los bienes jurídicos en conflicto.

Podemos opinar así, al igual que Etcheberry que “el problema más importante en materia de estado de necesidad es, en consecuencia, el de la valoración de bienes que se encuentran en conflicto” <sup>243</sup> Solo definiendo bien el valor de los bienes jurídicos en juego se determinará si el hecho está justificado o se deberá buscar una causal de exculpación.

Como hemos dicho, el estado de necesidad justificante de la legislación chilena tiene un alcance pequeño, tal como explica García Soto “puede tratar de salvaguardarse a través de la acción necesaria cualquier clase de bienes, pues se trata de evitar un mal; pero dicha acción necesaria solo puede recaer en la propiedad ajena (artículo 10 N °7 del código penal) o en la inviolabilidad (artículo 145 del código penal). Aun cuando existen planteamientos que ordenan considerar la inviolabilidad del hogar como una manifestación de propiedad”.<sup>244</sup> Dejando afuera conflictos de bienes jurídicos en que aunque haya diferencia de valor entre ellos, si el de menor valor no corresponde a los mencionados por la ley, no es aplicable el estado de necesidad justificante.

En consecuencia, como advirtió Etcheberry, “no se puede sacrificar ni la salud, ni la libertad, ni ningún otro bien ajeno, para salvar la vida propia. Se resuelve así derechamente el problema del conflicto de dos vidas humanas: no se puede lícitamente sacrificar la vida ajena. Claro está que en tales casos ordinariamente concurrirá una causal de inculpabilidad, por “miedo insuperable” [o el estado de necesidad exculpante], u otra de las que se fundamentan en el principio de no exigibilidad de otra conducta. Pero si tales circunstancias no concurren, el hecho será punible. No hay actos indiferentes para el derecho

---

<sup>242</sup> COUSIÑO MAC IVER, LUIS. “Derecho penal chileno”. 1a. ed. mes de octubre de 1975 (v.1), mes de julio de 1979 (v.2) y mes de mayo de 1992 (v.3). Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1975-1992. P. 331.

<sup>243</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 262.

<sup>244</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P. 69.

penal: o son punibles o no lo son. Tampoco puede aceptarse, en nuestro concepto, el recurso de una justificación supralegal o extrajurídica”.<sup>245</sup> Y es que el elegir entre dos vidas humanas es algo que jamás será “justo” para el Derecho.

Respecto al daño que se puede provocar, Etcheberry sostuvo que “la expresión daño es amplia, y debe ser entendida no solo como destrucción de los bienes ajenos, sino en general como cualquier deterioro o menoscabo, o incluso una sustracción en que el objeto sustraído no sufre ningún daño”.<sup>246</sup> Más que un daño físico, se refiere a un detrimento el patrimonio del tercero afectado.

Continuando con este daño a la propiedad, Cury aclaró que según nuestra norma, esta puede ser atacada “mediante la destrucción de las cosas o por cualquier otro de los modos tipificados en el título IX del libro segundo del CP. [Crímenes y simple delitos contra la propiedad]. La expresión “daño” empleada por art. 10 N° 7 no ha de ser entendida, por ende, en el sentido restringido que le confiere los arts. 484 y ss. del CP. [Párrafo 10 del Título IX del Libro Segundo del CP. “De los Daños”], sino en otro más amplio que comprende todo género de atentados contra la propiedad. Ha de negarse, en cambio, la justificación cuando la lesión de la propiedad, por las circunstancias de que está rodeada o por el modo de verificarla, implica además un atentado típico en contra de otros bienes jurídicos de igual o mayor significación”.<sup>247</sup> Con esto, el límite de “daño” queda claro que es muy restringido.

Importante es aquí, tener en cuenta lo dicho por Novoa que “el texto legal no distingue acerca de si el que produce el daño en la propiedad ajena para evitar un mal mayor es el titular del bien jurídico principal amenazado por el peligro o

---

<sup>245</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. p. 264-265.

<sup>246</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 265.

<sup>247</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. Ob. Cit. “Derecho Penal Parte General” Tomo I. P.p. 372-373.

es un tercero. Por consiguiente, la causa de exención a ambos alcanza. Cualquiera que sea el que actúe, cumple la voluntad del derecho en orden a que el bien jurídico más valioso sea salvado”.<sup>248</sup> Lo más relevante siempre será la diferencia del valor de los bienes jurídicos en juego

En este punto es importante tener presente lo señalado por Etcheberry, sobre el enunciado general del art. 10 N° 7 del CP. donde según él “pueden colegirse dos reglas. En primer término, al igual que en la legítima defensa, todos los bienes jurídicos pueden ser legítimamente preservados al amparo del estado de necesidad. El texto habla simplemente de evitar un mal, sin distinciones. Debe tratarse, eso sí, de un mal que jurídicamente sea tal, de un peligro para un bien jurídicamente reconocido y protegido”.<sup>249</sup> En otras palabras, da lo mismo que bien jurídico se quiera proteger, lo principal es que este bien esté jurídicamente protegido.

De esta manera cobra sentido lo dicho por Novoa sobre que “no constituye mal, por consiguiente, aquello que el ordenamiento jurídico impone al sujeto, aun cuando éste, subjetivamente, lo aprecie como un mal. Por esta razón, la madre no puede interrumpir un embarazo para evitarse dolores, riesgos o molestias, del parto y el militar que recibe orden absoluta de conservar su puesto a toda costa, incluso riesgo cierto de vida, no puede abandonarlo. La doctrina para enfatizar en este aspecto del principio, acostumbra a agregar a las circunstancias contenidas en la ley una nueva, que enuncia así: que el sujeto no esté jurídicamente obligado a soportar el mal, [requisito, que como veremos, se encuentra de manera explícita en el Artículo 10 N° 11]. Nos parece más acertado puntualizar que el sacrificio que el ordenamiento impone, deja de ser un mal en el sentido legal, porque la lesión no se da entonces en algo que para ese ordenamiento subsista como bien jurídico, o, a lo cual le mantenga su

---

<sup>248</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 369.

<sup>249</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 264.

protección, al menos en ciertas determinadas circunstancias”.<sup>250</sup> Como ya habíamos hecho notar, si se ejerce una profesión u oficio o se está en una posición de estado de garante que obliga a soportar riesgos mayores a los que alguien común no tendría por qué sufrir, no es aplicable el estado de necesidad, dejando aparentemente de ser para el derecho de haber un mal que se debe evitar.

Hay que agregar a esta obligación de intervenir la opinión de Etcheberry, afirmando que “ella no se produce sino cuando hay un mandato jurídico de obrar para evitar el resultado [...] En los demás casos, la ley no ofrece, ni en su texto, ni en su interpretación, un sustento suficiente para acotar la licitud de la intervención de un tercero. Pero en todo caso debe tenerse presente que en tales situaciones será más difícil desplazar la exención de responsabilidad al campo de exculpación por perturbación del ánimo (miedo insuperable) u otros casos de falta de exigibilidad, ya que, al no estar en juego un bien propio, será poco probable que tales estados subjetivos concurren en el agente. Podría, eso sí, presentarse una situación de putatividad si el tercero creyó que el bien amenazado era propio”.<sup>251</sup> La situación es compleja, sin embargo, y estamos de acuerdo, que bajo el principio que nadie está obligado a ser un héroe creemos que tal obligación no es absoluta, tal vez sea más difícil dejarla impune, pero nadie tiene el deber de hacer lo imposible.

Frente a este análisis y al alcance que esta norma puede tener, es importante tener en cuenta la llamada de atención que hace Novoa respecto a que esta eximente de responsabilidad, que al igual que toda las demás, al ser una excepción, se debe ser cuidadoso en la observancia de esta norma para evitar abuso del derecho. Al respecto señala que “para que la ejecución del hecho indicado por el enunciado general del N° 7 del artículo 10 exima de

---

<sup>250</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 365.

<sup>251</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 264.

responsabilidad penal a su autor, es necesario que la acción tenga como objetivo evitar un mal y que concurren las tres circunstancias que la ley señala en forma copulativa”.<sup>252</sup> Se debe ser muy estricto si lo que se pretende es dejar impune un delito, pues se puede fácilmente caer en un abuso del derecho.

Por último, es importante recordar, que en esta eximente, como en todas las causales de justificación, hay un plano subjetivo. Roxin afirma aquí “solo es necesario el conocimiento de la situación justificante y la conciencia de salvaguardar el interés preponderante, pero no una adicional motivación por el fin salvador. [...] Por tanto, quien salva a otro de un modo objetivamente amparado [por el estado de necesidad], actúa justificadamente incluso aunque no lo haga por la salvación, sino por ansias de celebridad o para recibir una recompensa. Pero si el salvador ni siquiera ha sido consciente de la situación de necesidad objetivamente existente y eliminada por él, será responsable en su caso de una tentativa; en cambio, incluso en tal caso queda excluida la responsabilidad por delitos consumados debido a la falta de desvalor de resultado”.<sup>253</sup> Lo importante es saber que se actúa en un estado de necesidad, sin importar lo que lo motiva a querer proteger un bien jurídico. De esta manera, aquel que no tiene conciencia que actúa bajo esta causal no queda impune.

Con todo lo visto hasta ahora, vemos que no es extraño que Del Río<sup>254</sup> haya llegado luego de haber analizado esta causal de justificación a las siguientes conclusiones:

1. “La casual solamente se refiere a bienes patrimoniales
2. El daño producido puede consistir en cualquier menoscabo, deterioro, privación o perjuicio y no solamente en los hechos calificables de delitos de daño a que se refiere el párrafo 10 del Título IX del Libro II.

---

<sup>252</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 363.

<sup>253</sup> ROXIN, CLAUS. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P. 720

<sup>254</sup> DEL RIO CASTILLO, JOSÉ RAIMUNDO. Ob. Cit. P. p. 148-149.

3. El mal que se trata de evitar debe ser real, o sea, haber empezado a producirse o estar produciéndose; o existir un peligro inminente de que ocurra. No se consideran los daños presumibles, pero si próximos, y posibles, pero no presumibles.
4. La causal no obra si el mal provocado es mayor que el que se trata de evitar, circunstancia que debe apreciarse considerando la buena fe en la prevención. En este caso cabe el estado de necesidad exculpante, eso sí, si el daño provocado no es esencialmente mayor que el que se quiso evitar.
5. Respecto a la existencia de otro medio menos perjudicial para impedir el mal. No se trata de determinar el medio absolutamente menos perjudicial. Basta la naturalidad, oportunidad, adecuación y prudencia del medio empleado, aunque pudiera haber habido otros menos perjudiciales o más practicables, analizado el hecho sin la concurrencia de las circunstancias de ofuscación, precipitación e imprevisibilidad coexistentes con él.
6. La ley no distingue si el mal que se trata de evitar amenaza al dueño del bien en que se intenta salvar, a un tercero o a quien originó el daño.
7. Respecto a la practicabilidad de otro medio menos perjudicial para impedir el daño, los tratadistas suelen distinguir si el individuo que intenta salvar sus bienes, se halla por dolo, culpa o sin concurrencia de dichos elementos en esta situación de necesidad”.

Vemos que la principal característica de esta causal de justificación que la diferencia del estado de necesidad exculpante, es la exigencia de una diferencia de valores entre los bienes jurídicos en conflicto. El derecho no

puede considerar lícito el sacrificio de un bien jurídico de igual o mayor valor, pero si puede en estos casos aplicar una causal de exculpación.

En Chile esta causal tiene requisitos estrictos y restrictivos, pues para proteger cualquier bien jurídico, solo puede sacrificarse en pos de este el bien jurídico propiedad o la privacidad de la morada. De esta manera, vemos que era necesario incluir un estado de necesidad exculpante.

Por otra parte, los requisitos de esta causal deben ser copulativos, todos deben estar presentes. Lo que es entendible para evitar el abuso del derecho.

Por último, vemos que respecto al aspecto subjetivo de esta justificante, lo principal es saber que se actúa conforme a esta sin importar la motivación, pero aquel que no tiene conciencia de sus actos no puede quedar impune.

#### **4.5.1.2. El estado de necesidad exculpante**

Este es el estado necesidad que para nosotros se encuentra en nuestra legislación en el artículo 10 N° 11 del Código Penal. Por ahora solo haremos un análisis general de esta causal, pues más adelante se verá en profundidad el artículo mencionado. En esta parte del trabajo solo explicaremos en términos generales en qué consiste.

Debemos partir con las palabras de Cury quien declaró que “en el derecho penal contemporáneo, constituye un lugar común, incluso para los críticos del concepto de culpabilidad, que ésta -o lo que la sustituya- se encuentra compuesta, además de la imputabilidad y la conciencia o comprensión del injusto del hecho, por la exigibilidad de la conducta adecuada a los mandatos o prohibiciones del Ordenamiento jurídico. A su vez, en toda la literatura se considera entre las causales que excluyen ese último elemento de la estructura de la culpabilidad al estado de necesidad exculpante como la más característica. Esto se debe a que abarca una situación en que el sujeto es

presionado por circunstancias que limitan su libertad de voluntad, y por lo tanto, no es posible reprocharlo por haberse decidido en contra de los dictados de la norma”.<sup>255</sup> Nadie puede ser culpado de un delito si no le era posible actuar de otra manera, y un ejemplo de que el Derecho comprende esto, es incluyendo en el orden jurídico el estado de necesidad exculpante.

Vargas Pinto dice al respecto que “el conflicto de necesidad se da no por la sola concurrencia de dos bienes jurídicos, sino porque además, uno se salva exclusivamente a costa de la lesión de otro, ambos no pueden subsistir en forma simultánea. Es esta exigencia lo que determina la necesidad de la conducta y la consecuente falta de respuesta penal, según uno u otro fundamento de exención. Podría sostenerse una idea unitaria sobre la base del conflicto de necesidad, la salvación de un bien por el sacrificio de otro como único camino, y cuyo reconocimiento por el Derecho puede importar una autorización normativa o excepcionalmente una causa de inimputabilidad de injusto cometido. Los efectos son distintos, en el primer caso surge una defensa de justificación. En el segundo supuesto existe una situación que merece protección y su afectación no reporta un beneficio social que elimine el injusto. El carácter subsidiario, que no deja otra alternativa menos lesiva que la infracción de la norma, y la gravedad del conflicto de necesidad (bien amenazado y bien afectado) remiten a una por falta de culpabilidad o inimputabilidad personal (subjetiva) de tal incumplimiento. Cuando el derecho no autoriza el sacrificio del bien, existe un injusto que no elimina el merecimiento de la pena. La presión de la circunstancias debe ser mayor, esencial, de suerte que impida un juicio de reproche”.<sup>256</sup> De aquí se depende que al tener el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad

---

<sup>255</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Documento inédito. Santiago, Chile. 2010. P. 1.

<sup>256</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P. 773.



exculpante efectos y una exigencia de la gravedad del mal que se quiere tener distintos (se requiere más gravedad en la exculpante), no cabe la teoría unitaria.

Entonces comprendemos al igual que García Soto que “el estado de necesidad no solo puede referirse a conflictos entre bienes de distinto valor, sino que existen también casos en que los bienes que se enfrentan tienen una valía similar, e incluso casos en que el valor del bien que se sacrifica es superior, no existiendo ausencia de antijuricidad, pues en tales casos el Derecho no puede atribuir a ninguno de los bienes preferencia o superioridad como la situación de conflicto entre dos vidas humanas, habida consideración que la Carta Fundamental de 1980 es su artículo 1, consagra la igualdad de los seres humanos, pero si da lugar a ausencia de culpabilidad cuando imposibilita toda motivación normal en el agente, haciéndose imposible exigirle al mismo comportamiento diverso”.<sup>257</sup> Quedando como única vía la inculpabilidad, o disculpa para quien actúa bajo estas motivaciones.

Podemos notar que no hay conflicto en justificar el daño de un bien menor por uno de más importancia, pero, como mencionó Díaz Palos, no es así cuando “los bienes en pugna están en paridad, es decir, sean de igual valor [o el sacrificado sea de mayor valor], en cuyo caso parece que el Derecho ha de enmudecer y adoptar una posición neutral. Para que ello no suceda, vemos que solo cabe trasladar el problema al campo de la culpabilidad: acción necesaria habrá sido injusta, pero inculpable”.<sup>258</sup> Siendo esta la manera de solucionar este conflicto.

En otras palabras, como sostiene Bustos, cuando se sacrifica un bien en pos de otro más valioso, “se entiende que el derecho está dispuesto a dejar sin pena este comportamiento, pues en todo caso se cumple su función de protección y, además, se asegura el desarrollo social, en cuanto lo fundamental

---

<sup>257</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P. 90-91

<sup>258</sup> DIAZ PALOS, FERNANDO. Ob. Cit. P 16.

no está afectado y se está dentro de los riesgos que implica la vida social. Pero cuando la afectación es exactamente igual, cuando se trata de dos bienes jurídicos iguales, dos vidas por ejemplo, no habría fundamento, salvo la mera arbitrariedad, para decidirse por uno u otro”.<sup>259</sup> Si el derecho considerara justificable tales hechos, dejaría abierto una oportunidad de actuar arbitrariamente.

Y es por esto que García Soto ve que “la única manera de poder solucionar tal situación es la de considerar que el agente actúa sin culpabilidad, y más específicamente entender que en tales caso no se le puede exigir una conducta distinta a la desplegada, toda vez que solo cabe fundamentar el estado de necesidad exculpante en la exigibilidad de otra conducta”.<sup>260</sup>. Y por esto que este estado de necesidad exculpante es una causal de inexigibilidad de otra conducta.

Nos queda claro, que el hecho de que haya sido establecida la injusticia de la acción no significa que ella da origen a responsabilidad penal. Como explica Novoa “porque diversas circunstancias han de conducir a que se advierta que subjetivamente no puede hacerse reproche al autor. Muy frecuentemente acontecerá que el sujeto activo proceda en tales casos impulsado por el terror, estado anímico que puede ser suficiente para para excluir el reproche personal. Y aunque el individuo actúe con serenidad y sangre fría, el Derecho no podría exigirle que prefiera una vida ajena a la propia, porque las normas jurídicas imponen una conducta socialmente aceptable sobre la base de exigencias mínimas de convivencia, pero no pueden exigir el heroísmo; de modo que también en este caso quedaría excluido el reproche legal. Estos son los casos que la doctrina denomina de “no exigibilidad de otra conducta”, cuyos efectos propios son eliminar la responsabilidad penal por falta del elemento subjetivo

---

<sup>259</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. “Obras completas”. Ob. Cit. P. 912.

<sup>260</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P.p. 91-92.

del delito”.<sup>261</sup> Este es el fundamento de esta eximente, la falta del elemento subjetivo del delito por estar el autor del hecho en una situación que no le permite actuar de otra manera.

Bustos siguiendo esta línea sostuvo que “solo el criterio de la protección y, consecuentemente, de preponderancia de un determinado interés, puede justificar un comportamiento y la arbitrariedad nunca puede implicar preponderancia. Luego sería una paradoja que para proteger la vida se elimine a una vida y que esa conducta sea justificada por derecho. Cuando los males son iguales no se está, pues, ante un problema de antijuricidad, por lo tanto en relación con el hecho, sino ante uno que puede afectar a la responsabilidad del sujeto autor de ese hecho, esto es, de estado de necesidad exculpante”. La lucha de bienes jurídicos de igual valor no podrá ser jamás un tema de justificación.

Junto con lo anterior, es importante tener presente la idea de Roxin, quien para él el estado de necesidad exculpante, por lo tanto, “presupone una cuestión jerárquicamente superior de la justificación de la conducta del autor, pues niega expresamente que el proceder del autor sea reprochado y declarado socialmente dañino. Esto no se basa en la falta de desaprobación del hecho por el ordenamiento jurídico, sino que su conducta no es juzgada como necesitada de pena pese a la desaprobación legal”.<sup>262</sup> Es decir, en estos casos aunque la conducta sea en principio reprochable, dada las circunstancias la sociedad considera que no debe ser penada.

Ahora, en este punto de la investigación encontramos correcta la opinión de Roxin, quien afirma que el estado de necesidad exculpante “resulta aplicable cuando una persona, para eludir un grave peligro para la vida, salud o libertad de sí mismo, o de un tercero, inevitable de otro modo, realiza una acción típica

---

<sup>261</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. Ob. Cit. P. 360.

<sup>262</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 206.

y antijurídica que lesiona un bien de igual valor [o incluso de mayor valor] a los mencionados”.<sup>263</sup> Teniendo una gama de “bienes jurídicos sacrificables” mucho más amplios que la que nos otorga el 10 N° 7 del Código Penal.

Sin embargo, en esta “amplitud” Jakobs advierte que “nada se modifica en la indisponibilidad de los bienes mencionados [vida, integridad física, por ejemplo] en una comunidad de peligro configurada de tal modo que sin una intervención en los bienes existenciales de un participante, todos están perdidos. Para la víctima esta situación significa que de todos modos para sus bienes está próximo el fin; el que ello ocurra solo o con otros, y en este último caso por motivos diversos o por un solo motivo (entonces comunidad de peligro) es irrelevante en tanto que no se le pueda imputar la situación de conflicto: en todo caso, falta la obligación de soportar. Aun cuando sacrificando la vida humana se puedan mantener otras varias vidas, y sin dicha incidencia sobre la vida están perdidos todos por breve plazo, no es posible fundamentar ningún derecho de quitar a una persona los mínimos de existencia. La solución de un conflicto a costa de una persona a la que no le puede atribuir la causa del conflicto y a la que no incumbe ningún deber especial, encuentra su límite absoluto en el reconocimiento de esta persona como legitimada por su parte también a una existencia física y psíquica”.<sup>264</sup> Vemos aquí la primera gran limitación de esta exigente.

García Soto habla de una limitación aún mayor en la que a diferencia del estado de necesidad justificante, “este solo puede recaer sobre bienes personalísimos, tales como la vida, la integridad física o la libertad, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de exculpar en todos los casos en que alguien priva a otro de un bien para no perder otro de igual valor, resultado en ciertos

---

<sup>263</sup> ROXIN, CLAUS. “Introducción al derecho penal y derecho penal procesal” Ob. Cit. P. 39.

<sup>264</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. p. 506- 507.

casos intolerable”.<sup>265</sup> Tema que aún es poco claro en nuestra doctrina pues veremos más adelante que la norma no especifica que bienes son sacrificables.

De esta manera tiene sentido que Vargas Pinto declare que, “un conflicto de necesidad real, marcado por el carácter subsidiario, implica tal presión, como situación de conflicto entre bienes en la que el sacrificio de uno de ellos es el único camino para salvar al otro. Su carácter subsidiario explica el fundamento de este estado, pues el mal causado como único medio probable y menos lesivo aparece indispensable. Hay algo involuntario que pesa en la decisión de la gente de modo tal que le impide cumplir la norma”.<sup>266</sup> Tomando el carácter de supletorio un rol mucho más relevante a la hora de aplicar esta eximente, debido al amplio margen de aplicación deja el permitir que se dañe un bien incluso más relevante que aquel que se va proteger.

Respecto al aspecto subjetivo de esta eximente, Roxin afirma que “quien comete acciones amenazadas con penas, no para evitar el peligro, sino por impulso criminal, precisa una sanción, tanto por motivos de prevención especial como general. Entonces, la ratio de la regulación de estado de necesidad exige el motivo del rescate como presupuesto de la exculpación”.<sup>267</sup> Siendo para el autor un elemento que toma mucha más importancia ahora, como en toda otra causal de inexigibilidad.

Sin embargo este autor tiene claro que “no se precisa que el motivo del rescate tenga su origen en impulsos nobles, así como que tampoco constituya el objetivo final del autor. Es igualmente impune quien salva a su pariente [bajo los presupuesto de esta eximente] no por cariño, sino sólo porque no quiere aparentar ser un cobarde o porque espera que el rescatado lo nombre su

---

<sup>265</sup> GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. Ob. Cit. P. 96.

<sup>266</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. P. 165.

<sup>267</sup> ROXIN, CLAUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 227.

heredero”.<sup>268</sup> Puede ser, por ejemplo, el cobrar una recompensa, lo que impone un gran desafío al juez a la hora de juzgar y determinar si cabe o no esta exigente, algo complejo, pues la línea entre la exigibilidad o no de una conducta es delgada considerando todos los factores subjetivos que hay que considerar.

En este punto, Acosta Sánchez, hace un aporte explicando que, aunque “en el derecho comparado hay cierto acuerdo en que, sólo se obra en estado de necesidad justificante si el sujeto tiene al menos conocimiento de la situación de la necesidad y, para algunos, la voluntad de impedirla y evitarla. En Chile hay criterios dispares, aunque quienes desestiman la exigencia, afirman –por diversos motivos- la impunidad de la conducta típica es solo objetivamente salvadora. Tanto en el N° 7 como en el N° 11 exigen que la conducta se realice para evitar un mal, de modo que en ello se puede apreciar un apoyo dogmático a la exigencia y que es común a ambos estados de necesidad. No excluye este requisito que el sujeto pueda tener otros motivos o propósitos adicionales legítimos o no, como heredar al salvado. En la justificante, la no concurrencia del elemento subjetivo determina la existencia de una tentativa (disvalor de acción y no de resultado). En cambio, me parece que la inconcurrencia de ese elemento en el estado de necesidad exculpante debería apreciarse como un delito consumado, pues no desaparece el disvalor de resultado al ser igual o mayor el mal causado al objetivamente evitado”.<sup>269</sup> De esta manera vemos una importante diferencia entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, y es de toda lógica que en este último el elemento subjetivo sea mucho más importante, pues es este elemento (culpa o dolo) el que se deberá analizar en estos casos.

---

<sup>268</sup> ROXIN, CLAUS. “Dogmática penal y política criminal”. Ob. Cit. P. 228.

<sup>269</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. “Artículos 10 N°s. 7° y 10° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación”. EN: VAN WEESEL. ALEX. (Editor). “Humanizar y repensar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury”. Santiago, Chile. ThomsonReuters. 2013. P.p. 699-700.

Es importante hacer en este punto una reflexión de aquello que en parte ya hemos dado a conocer, y esto es que se puede afirmar tal como lo hace Jescheck y Weingeng, que en las causales de inexigibilidad, incluida este estado de necesidad, si bien “ciertamente dan lugar a una disminución del contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho. Pero de ningún modo ha desaparecido completamente el injusto, sino que tan solo ha disminuido por el valor que conserva la finalidad de la acción. También hay que negar una completa exclusión de la culpabilidad, pues ni la capacidad de culpabilidad del autor, ni su conocimiento de la prohibición son eliminados por la situación excepcional que concurre en hecho. De ahí que las causas de exculpación [refiriéndose a causales de inexigibilidad] sean consideradas como causa de atenuación del injusto y de la culpabilidad, a las que el legislador ha concebido la fuerza liberadora de la pena por no ser alcanzado el límite de merecimiento de la pena”<sup>270</sup>. De ahí que muchos llaman a esta eximente “estado de necesidad disculpante”, pues no hay una eliminación de culpa si no, como ya dijimos, una disculpa.

Para Nino, aunque el hecho de que el bien que se sacrifica es más valioso que el que se salva no es justificable por el derecho “la situación de necesidad puede, en estos caso, determinar que la acción se ano atribuible al agente, lo que excluirá su punibilidad por aplicación del principio de asunción de la pena”.<sup>271</sup> Afirmando también la idea de que en estos casos sigue presente la culpabilidad, y lo que ocurre es que la sociedad considera que no hay una necesidad de pena.

Otro punto de vista al respecto, es el que nos entrega Bacigalupo, quien declara que “el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía

---

<sup>270</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH Y WEIGENG, THOMAS. “Tratado de derecho penal”. 5ª Ed. Granada, España. Editorial Comares. 2002. P. 513.

<sup>271</sup> NINO, CARLOS SANTIAGO. “Los límites de la responsabilidad penal”. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1980. P. 480.

no excluye la antijuricidad. Su efecto es considerado en la opinión dominante como excluyente de culpabilidad; por tal motivo se lo designa como estado de necesidad disculpante. De acuerdo con el punto de vista sostenido se trata de una exclusión de responsabilidad por el hecho”.<sup>272</sup> Esta categoría dada por él, ya se explicó al momento de estudiar las eximentes de inexigibilidad.

Este autor expone que “la línea divisoria entre el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho y el excluyente de antijuricidad no corre por la demarcación de una estricta igualdad o desigualdad de los intereses en conflicto. El estado de necesidad que excluye responsabilidad por el hecho alcanzaría también a todos los casos en que la diferencia valorativa de los intereses en conflictos no es esencial”<sup>273</sup>. De esta manera, la responsabilidad por el hecho se excluye en los casos en que los intereses son de igual jerarquía o en el que se salva un interés de mayor jerarquía que el sacrificado pero en que la diferencia jerárquica no es esencial.

Siguiendo esta lógica Bacigalupo señala que este estado de necesidad requiere cumplir con los siguientes requisitos:

- “El estado de necesidad que excluye la responsabilidad por el hecho coincide en sus requisitos con del estado de necesidad justificante, a excepción de la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica.
- El código penal [español] (art. 20.5) [y también el chileno], no reconoce ninguna limitación respecto de los bienes o intereses jurídicos que pueden ser salvados en una situación de necesidad en la que no entra en consideración la exclusión de la antijuricidad. Desde el punto de vista

---

<sup>272</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 400.

<sup>273</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 401.



político-criminal, esta extensión no es aconsejable y lo correcto sería reducirla a la salvación de bienes o intereses de singular importancia.”<sup>274</sup>

En este último requisito, el autor hace un llamado a una limitación de los bienes en que esta causal puede ser aplicada, pues, como ya dijimos, a primera vista es muy amplia.

En este punto de la investigación es importante tener en cuenta lo dicho por Etcheberry, ya que al igual que toda causal de exculpación y “dando por sentado que se trata de bienes objetivamente iguales, sus titulares tienen el derecho a conservarlos, y pueden, por lo tanto, oponer legítima defensa contra el necesitado que intente arrebatarlos o destruirlos. Si el necesitado prevalece y logra hacerse del bien ajeno o dañarlo, su impunidad deberá buscarse en las causales de inculpabilidad, si concurren”.<sup>275</sup> Como ya dijimos al estudiar las causales de exculpación, al no ser un acto lícito, no hay un deber de soportar tal daño.

Con todo lo estudiado sobre el estado de necesidad exculpante concluimos que es necesario que sea recogido por el derecho, pues es imposible en pensamiento unitarista abarcar el real alcance del estado de necesidad. De esta manera, debe haber en nuestro ordenamiento jurídico, no solo un estado de necesidad que justifique, sino que, debe considerar además, un estado de necesidad que abarque un conflicto de intereses en que se sacrifique un interés de igual o mayor valor que el que se pretende salvar, no eliminándose la licitud del acto sino, exculpe el acto por inexigibilidad de otra conducta.

La gran diferencia, por lo tanto, con el estado de necesidad justificante es el hecho de que aquí para salvar un bien jurídico se sacrifica otro de igual e incluso de mayor valor. Esto hace imposible que el derecho lo considere un acto

---

<sup>274</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 402.

<sup>275</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. P. 263.

licito, sin embargo, tampoco lo cree merecedor de pena, trasladando In conflicto a un tema de culpabilidad.

Existe una duda respecto a qué bienes pueden ser sacrificados, lo que en la legislación nacional no se especifica, pero algunos autores destacan la limitación de que solo se trata de bienes personalísimos y por otra parte jamás será procedente en caso de una comunidad de peligro.

Al ser un tema de culpabilidad, el carácter subjetivo toma más relevancia, pues si o si tiene que ser motivado por ganas de salvar algo, sin embargo no importa si hay razones nobles para actuar así.

El hecho de que sea una eximente de responsabilidad por inexigibilidad de otra conducta lleva a la conclusión de que no es que aquí la culpabilidad haya desaparecido, sino que el derecho ha decidido “disculpar” esta conducta, así existen autores que la llamen, estado de necesidad disculpante, sin embargo, Bacigalupo ve más allá y la llama estado de necesidad de exclusión de responsabilidad por el hecho, en donde explica que hay tema de política criminal en la que no se considera necesaria la pena.

Por último, por muy discutida que sea la naturaleza de este estado de necesidad, los efectos que se otorgan son los de una eximente exculpación por inexigibilidad de otra conducta, el acto es ilícito, pero no condenable a no poder exigir al actor otra conducta. La diferencia de esta eximente con una causa de exculpación cualquiera, que el otorga Bacigalupo al explicar los efectos de una exclusión de responsabilidad por el hecho, es la capacidad de comunicación de esta causal a los terceros partícipes.

Con esto ya hemos definido someramente en que consiste este estado de necesidad exculpante, el cual veremos más a fondo al estudiar el artículo 10 n° 11 del Código Penal

#### 4.5.2. Explicación del estado de necesidad agresivo y defensivo

El origen de esta clasificación está en el derecho civil alemán, y está enfocada en el origen del peligro. Esta clasificación no es muy considerada en la doctrina nacional en parte, porque como podremos ver, el artículo 10 N° 7 del Código Penal no da cabida a esta clasificación, la que tiene lugar solo en el estado de necesidad justificante.

Acosta explica que “el estado de necesidad es agresivo cuando la fuente del peligro no está erradicada en la persona que sufre la lesión y es defensivo si el riesgo proviene de quien soporta la acción salvadora”.<sup>276</sup> Todo depende si quien provocó el peligro es un tercero o el mismo que deberá soportar los daños.

Tenemos por lo tanto, este distingo según la vinculación que pudiera existir entre el sujeto afectado por la reacción necesaria y el peligro que la provoca. Ossandón sostiene que “el supuesto normal de estado de necesidad es aquél en que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado intervenga agresivamente contra un tercero ajeno a la fuente de peligro que amenaza, entonces estamos ante estado de necesidad agresivo. Pero también puede ocurrir que la salvaguarda del interés amenazado requiera que el sujeto que obra en estado de necesidad intervenga contra el sujeto de quién emana el peligro, en otras palabras, que el necesitado se defienda frente a un peligro que tiene su origen en la propia víctima del estado de necesidad. Estas situaciones se denominan estado de necesidad defensivo”.<sup>277</sup> Lo común es que sea un

---

<sup>276</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. 698.

<sup>277</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. “Aborto y justificación”. *Revista Chilena de Derecho*, 39. (2): 325-366. 2012. P. 338.

agente externo, un hecho natural o la actuación de un tercero la que provoque esta situación de necesidad, sin embargo puede que la fuente sea aquel que ahora debe soportar el peligro.

Para esta autora, y también para nosotros, la distinción es relevante en sus consecuencias, pues, en el estado de necesidad defensivo, “el grado de lesión de los intereses ajenos susceptible de ser justificado debe ser superior que en el agresivo. En particular, la prohibición de matar a otro, que en el estado de necesidad agresivo es absoluta, habría de matizarse en el estado de necesidad defensivo. Se podría permitir, aunque bajo los más estrictos presupuestos y en términos absolutamente excepcionales, hasta matar para defenderse de un peligro generado por la propia víctima, aunque a ella no se le pueda imputar una agresión ilegítima (en cuyo caso estaríamos frente a una legítima defensa)”.<sup>278</sup> El estado de necesidad defensivo se permite un mayor daño a bienes ajenos que en estado de necesidad agresivo, y, como veremos más adelante, esta mayor permisión provoca que haya autores que afirmen que el artículo 10 N° 11 pertenece a este estado de necesidad.

Decimos que esta clasificación solo cabe en el estado de necesidad justificante, porque, como se aclarará más adelante, en esta clasificación ambos estado de necesidad contenidos se enfocan en declarar lícito ese sacrificio.

#### **4.5.2.1. Estado de necesidad agresivo**

La situación de estado de necesidad agresivo, siguiendo a Baldo Lavilla, “constituye un estado de necesidad individual en que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o auxiliante de éste, intervengan agresivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un sujeto con status de tercero a la fuente de peligro amenazante -un sujeto que

---

<sup>278</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. *Ibíd.*

posee el estatus de tercero solidario-“. <sup>279</sup> La “agresividad” se refiere, por lo tanto, al acto de dañar intereses jurídicos de un tercero.

Este autor explica, por lo tanto, que “la amenaza de un peligro inminente no reconducible siquiera objetivamente a la esfera organizativa individual del tercero-solidario constituye el presupuesto conceptual básico de la situación de estado de necesidad agresivo”<sup>280</sup>. Aquel que ve dañado sus bienes jurídicos, en nada tiene responsabilidad del peligro que amenazaba a quien actuó en estado de necesidad.

Reconocemos aquí el estado de necesidad justificante, por así decirlo “ordinario”, recogido por el artículo 10 N° 7 del Código Penal, donde una persona por salvar sus bienes jurídicos, provoca un daño en los bienes patrimoniales de un tercero sin participación alguna.

Atendido lo anterior creemos que lo dicho hasta aquí del estado de necesidad agresivo resulta suficiente.

#### **4.5.2.2. Estado de necesidad defensivo**

Baldo Lavilla explica este estado de necesidad como “una situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante del mismo, intervengan defensivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto preferentemente competente por la fuente de peligro amenazante –un sujeto con estatus de tercero-cualificado-“. <sup>281</sup> Se denomina “defensivo” por el hecho de que quien debe soportar el daño es quien originó este peligro, habiendo así una “defensa” de quien debe protegerse de tal mal.

---

<sup>279</sup> BALDO LAVILLA, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 121.

<sup>280</sup> BALDO LAVILLA, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 122.

<sup>281</sup> BALDO LAVILLA, FRANCISCO. Ob. Cit. P.p. 121-122.

Jakobs explica esta denominación debido a que “el conflicto procede del bien que se sacrifica, contra el que se procede en defensa”.<sup>282</sup>

A lo que Baldo Lavilla agrega por lo tanto, “la amenaza de un peligro inminente reconducible objetiva pero no subjetivamente (a título doloso) a la esfera organizativa individual de tercero –cualificado, constituye el presupuesto conceptual básico de la situación de estado de necesidad defensivo”.<sup>283</sup> Es importante que no haya dolo, si no pasaría a ser legítima defensa al actuar en contra un acto ilícito.

En la especie, afirma Acosta Sánchez, nos encontramos con “una acción defensiva dirigida frente a un sujeto en cuyo ámbito de organización se encuentra la fuente del peligro pero no puede estar justificada por legítima defensa al no existir una agresión previa antijurídica. En general se afirma que en el estado de necesidad defensivo podrían lesionarse más intensamente los intereses del destinatario de la acción defensiva que en los casos de estado de necesidad agresivo, pero no hay acuerdo sobre la forma y entidad que podría alcanzar esa mayor afectación”.<sup>284</sup> Pudiendo ser afectado bienes jurídicos que nos son permitidos lesionar por el estado de necesidad agresivo y de mayor manera, pero no hay acuerdo como puede ser este daño su límite.

Jakobs por su parte, explica sobre este estado de necesidad que “si la persona en cuyos bienes se interviene para la salvación ante el peligro es responsable de ese peligro se produce la siguiente inversión de la proporcionalidad: El responsable debe -supuesta su capacidad- eliminarlo. Sólo puede exigir la exención con respecto a este deber, es decir, el sacrificio solidario del otro, (...) cuando su interés de la exención prepondera esencialmente sobre el interés amenazado por el peligro, es decir, cuando para

---

<sup>282</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 495.

<sup>283</sup> BALDO LAVILLA, FRANCISCO. Ob. Cit. P. 122.

<sup>284</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P.p. 698-699.

cumplir el deber debe invertir más de lo que puede salvar. En consecuencia, la persona amenazada por el peligro (o el auxiliador) aún puede intervenir en los bienes del responsable en el marco de lo necesario, destruyendo más de lo que salva, mientras que se mantengan hasta cierto punto las proporciones. (...) Así, la defensa en el estado de necesidad defensivo puede llegar incluso hasta dar muerte a una persona si no se puede evitar de otro modo daños graves, por las amenazas a las cuales ha de responder quien resultó muerto”.<sup>285</sup> En efecto se podría incluso afectar bienes jurídicos como la vida y la integridad física.

Siguiendo lo anterior es que Acosta Sánchez encuentra que debido a la posibilidad de afectar más bienes jurídicos “es posible extender también al estado de necesidad exculpante, atendido que sus requisitos son –en la causal del artículo 10 N° 11 del Código Penal- los mismos que el del estado de necesidad justificante con sacrificio a bienes no patrimoniales”.<sup>286</sup> Idea que desde ya rechazamos y nuestras razones la veremos al analizar los requisitos de ese numeral.

Debemos decir que los criterios para acotar el estado de necesidad defensivo son discutidos, pero hay algunas teorías. Según Coca Vila, “únicamente cabe conjurar peligros en estado de necesidad defensivo cuando el sujeto contra el que se responde sea responsable en términos de imputación objetiva por la creación o la no contención del peligro que desencadena la situación de necesidad”.<sup>287</sup> Debe haber una responsabilidad objetivamente comprobada respecto a la creación o no contención del peligro, habiendo aquí una importante limitación a su aplicación.

Por otra parte Roxín plantea la existencia de “cuatro grupos de casos en los que la defensa frente a un peligro debe enjuiciarse por el [estado de necesidad

---

<sup>285</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 520.

<sup>286</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. 699.

<sup>287</sup> COCA VILA, IVÓ. “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”. InDret: Revista para el análisis del Derecho, 1 (2011), <http://www.indret.com/pdf/789.pdf>. P. 33.

defensivo], porque no es posible aplicar el concepto de legítima defensa por faltar la agresión actual y antijurídica: la amenaza procedente de un supuesto de falta de acción, por ej. un vehículo que a consecuencia de un accidente es lanzado con *vis absoluta* a la calzada contraria (1); la puesta en peligro creada por una acción diligente y, por lo tanto, no antijurídica, como suele ocurrir en el caso de que un automovilista, pese a observar todas las reglas de tráfico, esté a punto de atropellar a una persona a quien no se podía ver a tiempo (2); la denominada perforación, en la que hay que matar a un niño en el parto para salvar la vida de la madre (3); y finalmente la legítima defensa preventiva, en que se impide una agresión sólo en fase de preparación con medidas preventivas, porque posteriormente ya no sería posible (o sólo lo sería con mucha mayor dificultad) una defensa (4). En parte de estos supuestos falta ya una acción y con ello una agresión (1 y 3), en otros falta la antijuricidad (2) y en otros la actualidad de la agresión (4). Por tanto no es posible la legítima defensa; pero pese a ello el amenazado ha de poder hacer frente al peligro dentro de ciertos límites que hay que ponderar cuidadosamente”.<sup>288</sup> Presentando una limitación mucho más concreta, en donde aquellos casos en que falte un elemento para la legítima defensa puede ser justificada por el estado de necesidad defensivo.

Ahora, para Acosta Sánchez, es discutible que el último caso nombrado por Roxin “constituya un estado de necesidad en Chile, pues en opinión de la mayoría, la agresión ilegítima en la legítima defensa puede ser actual o inminente, como lo es el mal precavido en estado de necesidad”.<sup>289</sup> Dejando esa causa fuera este estado de necesidad en nuestro país al ser aplicable aquí la legítima defensa.

---

<sup>288</sup> ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho Penal parte general”. Ob. Cit. P.p. 705-706.

<sup>289</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. 699.



Jakobs hace una importante advertencia explicando que “el estado de necesidad defensivo únicamente concurre cuando la víctima de la intervención es responsable del peligro, es decir, tiene el deber de eliminar el peligro ella misma o si no lo tiene es porque le falta capacidad. La importancia práctica corresponderá a los deberes derivados de la injerencia, incluido los deberes de la vida de relación [parentescos, etc.]. Por este principio de responsabilidad, que constituye el reverso del poder de organización al menos *de facto*, queda dudosa la resolución de los casos de la llamada perforación. La conexión meramente externa con una esfera de dominio, sin responsabilidad, no fundamenta estado de necesidad defensivo alguno”.<sup>290</sup> Descartando que mediante este estado de necesidad pueda quedar impune un aborto terapéutico.

Vemos entonces, al igual que Ossandón, “que la delimitación precisa del estado de necesidad defensivo está todavía lejos de ser un tema resuelto. Aunque existe coincidencia al estimar que la existencia de un nexo entre el peligro y el sujeto sobre el que recae la acción defensiva es lo que habilita al necesitado a la salvaguarda de sus bienes a costa de los ajenos en mayor medida, existen diversas corrientes doctrinales para definir en qué consiste ese nexo. Algunos se conforman con una vinculación fáctica, de modo que el origen del peligro se atribuye al sujeto cuando sea posible constatar que este procede físicamente de su esfera de organización. Por el contrario, otros consideran que los deberes de tolerancia intensificados que implica el estado de necesidad defensivo solo pueden imponerse cuando existe una vinculación normativa entre el sujeto y la fuente del peligro, la que se configura como una forma - aunque atenuada- de responsabilidad por organización”.<sup>291</sup> Otro motivo por el cual hace que neguemos que el artículo 10 N° 11 es un estado de necesidad defensivo, pues va más allá de solo justificar el ataque a los bienes jurídicos de

---

<sup>290</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 521.

<sup>291</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 338.

quien originó en peligro, es más, como veremos, ni siquiera lo considera, quedando esta discusión como innecesaria.

Jakobs aclara que, “si es el propio amenazado por el peligro quien es responsable de que le afecte tal peligro, o un tercero ha dirigido el peligro al amenazado, para la intervención en la cosa que supone un peligro rigen las reglas del estado de necesidad agresivo, dado que falta responsabilidad predominante del titular de la cosa”.<sup>292</sup> Aquí no estaría el principal elemento del estado de necesidad defensivo que es que el responsable sea el titular del bien que se va a dañar.

Respecto a la capacidad de defenderse en este estado de necesidad, Jakobs sostuvo que “sólo está permitida la defensa en tanto que la configuración del ámbito de organización del responsable sea condición de las consecuencias que aún se habrían de soportar”<sup>293</sup>. Es decir, no porque se creó el peligro debo soportar cualquier daño. Por ejemplo, no porque yo provoqué el incendio, debo entrar a la casa en llamas a rescatar las cosas de valor del dueño de esta, siendo que no tengo la preparación ni el equipo adecuado para tal objetivo.

Una última advertencia que hace este autor, que nos parece relevante tener presente es que “tampoco en el estado de necesidad defensivo decide solamente la justificación únicamente el resultado de la ponderación de intereses, sino que además si el medio empleado fue el adecuado”.<sup>294</sup> Como lo hemos señalado al momento de analizar los requisitos generales del estado de necesidad.

Vemos entonces, que el estado de necesidad defensivo se caracteriza por ser quien creó el peligro quien debe soportar los daños, habiendo una “defensa” del daño que creó.

---

<sup>292</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Ob. Cit. P. 521

<sup>293</sup> JAKOBS, GÜNTHER. *Ibíd.*

<sup>294</sup> JAKOBS, GÜNTHER. *Ibíd.*

Los límites de los bienes que pueden llegar ser afectados y en qué consiste el nexo entre el peligro y el que lo creó (si debe ser fáctico o normativo) son discutidos, pero no hay duda que la amplitud de esta eximente es mayor.

De esta manera pueden quedar impune casos que no siendo estado de necesidad agresivo tampoco lo son en legítima defensa, pudiéndose dañar bienes jurídicos como la vida. Y es en parte esta amplitud, junto con los demás requisitos de este estado de necesidad que permite a algunos autores afirmar que el artículo 10 N° 11 del Código Penal pertenece a esta clasificación.

De todas maneras existen aquí límites básicos respecto al nivel de daño que se puede causar, a saber, que se puede aplicar defensa a esta agresión en consideración al deber de soportar que tiene quien provocó el peligro y que el medio debe ser adecuado.

Habiendo precisado claro en qué consiste este estado de necesidad, podemos profundizar cómo la legislación chilena lo recoge en el código penal.

## **CAPÍTULO V: ANÁLISIS DEL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO**

Ya analizado a grandes rasgos qué es el estado de necesidad exculpante podemos finalmente entrar al tema que nos convoca, El numeral 11 del artículo 10 de Código Penal. Estudiaremos cómo la legislación chilena recoge en este artículo esta eximente, analizando la historia de la ley 20.480 y diversos estudios sobre esta norma.

La norma referida dice lo siguiente: “Artículo 10: Están exentos de responsabilidad criminal: n°11 El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1) Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.
- 2) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.
- 3) Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.
- 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.”

Ya dijimos y como explica Cury, redactor de esta norma que “el Código Penal de 1873-1875 ignoraba esta eximente, lo que provocó, que la doctrina y jurisprudencia tuvieran que construir trabajosamente un modo de dejar los

hechos que son pertenecientes al estado de necesidad exculpante impunes. Esto se hizo en parte alegando que se actuó bajo fuerza irresistible, no obstante la enérgica oposición de quienes ven en ella un caso de exclusión de la acción, y probablemente más a menudo, sobre el miedo insuperable, que es el criterio que predomina en la literatura española para alojar los casos no cubiertos por la ahora norma común sobre estado de necesidad del Código penal español. Pero, además, en lo referente al estado de necesidad justificante, el Código Penal chileno solo contenía, hasta hace poco, la disposición del artículo 10 N° 7º, tomada al pie de la letra del modelo español de 1948-1950, que sólo excluye la antijuridicidad del daño en la propiedad ajena”.<sup>295</sup> Reflejando así lo desactualizado e inapropiado de la anterior legislación.

Entonces, desde ya, Enrique Cury, señaló que con este nuevo numeral “se colma un vacío que la doctrina y jurisprudencia nacional -parcialmente también la española- han debido cerrar mediante interpretaciones complicadas y a menudo discutidas de otras eximentes, no siempre enteramente satisfactorias. Esto era tanto más sensible, cuanto que como ya se ha dicho, la mejor doctrina está de acuerdo en que el estado de necesidad exculpante es la hipótesis más importante de exclusión de la culpabilidad o -puesta desde el lado positivo- de inexigibilidad de otra conducta”.<sup>296</sup> Gracias a sus intervenciones tuvo lugar una de las más relevantes modificaciones de nuestro Código Penal, la inclusión del estado de necesidad exculpante.

En este capítulo veremos la historia de la redacción de este numeral y luego se hará un análisis más profundo de esta eximente, revisando su definición y requisitos. Luego se tratará un tema que es importante tener claro, que es el alcance de esta eximente en la autoprovocación, para terminar diferenciándola de las eximentes “fuerza irresistible” y “miedo insuperable”.

---

<sup>295</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 2.

<sup>296</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 9.

## 5.1. Historia de su redacción

Aquí analizaremos junto con estudios sobre esta norma, la historia de la ley 20.480, para así poder descubrir cuáles eran las intenciones del legislador al crear esta norma. De este modo, pretendemos resolver dudas como si este quería otorgarle un efecto exculpante o justificante y cuál era el alcance que pretendía darle. Esto nos dará uno de los principales argumentos para afirmar que ahora el Código Penal contiene un estado de necesidad exculpante con alcance al aborto terapéutico, que era la intención del legislador.

Bullemore nos cuenta que “este tipo de exculpación se estudió, primeramente, en el denominado Foro Penal del Ministerio de Justicia, el año 2003, ocasión en la que no se produjo acuerdo o, mejor dicho, surgió una ruptura insalvable entre sus miembros respecto del contenido de esta institución. Empero, hoy día estamos frente a una nueva ley de la República. En efecto la ley 20.480 (1/12/10) que modifica el código penal y la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar con ocasión de establecer el delito de femicidio, reformar el parricidio y aumentar las penas de estos ilícitos agregó al Art. 10 del Código Penal un nuevo N°11”.<sup>297</sup> Dejando claro el autor que, desde un principio el contenido de esta causal fue discutido, y no fue sino al momento de crear el delito de femicidio que se logró llegar a un acuerdo respecto al contenido de un nuevo estado de necesidad, agregándose un nuevo numeral en el artículo 10 del Código Penal.

La no existencia de esta eximente llevaba a la jurisprudencia y a la doctrina a hacer “malabares” para poder dejar casos pertenecientes a esta eximente impunes, así lo explicaban Politoff, Matus y Ramírez sosteniendo que “nuestra legislación no contiene una regulación de este estado de necesidad exculpante (como el §35 StGB), aunque su casuística puede situarse en el ámbito de hipótesis de no exigibilidad de otra conducta, que sí contempla, como la fuerza

---

<sup>297</sup> BULLEMORE, VIVIAN. (director). Ob. Cit. P. 62.

moral irresistible y el miedo insuperable (art. 10 N°9 Cp.) si atendidas las circunstancias anormales que rodean el hecho cualquiera, -salvo personas de excepción por su presencia de ánimo, por su especial adiestramiento, por su concepción moral, u otras razones- probablemente hubiera actuado de manera parecida. Pero si el mal que se pretende evitar no tiene entidad suficiente para alterar el ánimo del que ejerce la acción salvadora, de manera que no sea posible apreciar en él un miedo insuperable o una fuerza irresistible sólo cabría apreciar una atenuante simple del art. 11 N° 1 y, de concurrir el siguiente requisito, la atenuante privilegiada del art. 73".<sup>298</sup> Aun entonces bajo esta "solución", quedaban fuera muchas causas, pues el estado de necesidad, no requiere una "perturbación mental" para su aplicación.

La Diputada Saa en su informe de presentación del proyecto de la ley 20.480 argumentó, considerando lo visto en el párrafo anterior, que "cuando se ha traspasado esta barrera, es decir, cuando el hechor o una tercera persona han sido víctima de sevicias por parte del occiso, en especial si estas sevicias revisten el carácter de tortura permanente, debe entonces operar la eximente. No obstante lo anterior, esta eximente no es de frecuente aplicación por parte de los tribunales de justicia, (en parte por ser una creación doctrinaria), o de considerarse, se hace como atenuante, pero sin que afecte estructuralmente el rango de punibilidad, la excepción ha sido lo contrario. La mayoría de las legislaciones extranjeras como la italiana, peruana y argentina, a esta situación la denominan "obrar bajo amenaza de un mal grave e inminente", considerando precisamente que es la violencia brutal de la que es víctima la persona, la que la lleva a cometer el delito. Es por ello que tomando especialmente en consideración lo señalado en la legislación argentina, fundamenta incorporar la eximente de "obrar bajo amenaza de un mal grave e inminente", dado que grafica de manera inequívoca la situación en que se encuentra una persona que

---

<sup>298</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Ob. Cit. P. 231.

ha cometido un delito determinado”.<sup>299</sup> Se requería una norma más completa, y sobre todo, ya que el punto principal era la violencia familiar, poder dejar impune a aquella persona que por ser víctima constate de maltratos y amenazas constantes a su vida por parte de su pareja, tenga tal miedo que decida dañarla gravemente o incluso matarla.

Opinamos por lo tanto, al igual que Vargas Pinto que este reformado artículo 10 N° 11 (reformado, porque el anteriormente fue derogado) “parece venir a zanjar el vacío que algunos notaban en torno al llamado estado de necesidad exculpante cuando el mal que se pretende evitar no es mayor al causado solía remitirse al miedo insuperable o la fuerza irresistible (10 N° 9) como causa de exculpación. Esta misma naturaleza parece tener este nuevo estado de necesidad. Cury lo introdujo a propósito de la discusión sobre la conducta de la mujer maltratada”.<sup>300</sup> Lo cual es de toda lógica, pues uno no pueden culpar a alguien que decide dañar a su victimario por temor de perder su vida, aunque tal hecho haya sido de manera premeditada.

Vemos entonces que, como sostiene Bullemore, la concurrencia de esta nueva eximente “acarrea como consecuencia la exculpación del autor del hecho ilícito, por inexigibilidad de otra conducta ajustada a derecho, dejando para los otros casos la circunstancia exculpante contemplada en el artículo 10 N° 9, que como dijimos, era la causal de exculpación que se aplicaba en casos que ahora correspondería a este estado de necesidad”<sup>301</sup> Habiendo con este nuevo estado de necesidad, una aplicación más realista de la eximente contenida en el numeral 9°.

---

<sup>299</sup> Historia de ley 20.480. Valparaíso, Chile, Biblioteca del congreso nacional de chile. [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). 2010. P. 36.

<sup>300</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. 152.

<sup>301</sup> BULLEMORE, VIVIAN (Director). Ob. Cit. 62.



Como se afirma en Informe el de la comisión de familia, al momento de la discusión de esta norma (Cámara de Diputados. Fecha 16 de abril de 2008. Cuenta en Sesión 69, Legislatura 356), esta reforma al Código Penal lleva “como base sancionar el asesinato de una mujer, causada por una acción de extrema violencia en razón de su género; la primera iniciativa, incorpora la figura del femicida para designar al varón que mate a quién haya sido o sea su mujer, o esté o haya estado ligado a una mujer por cualquier otra relación afectiva, acción a la que le atribuye drásticas consecuencias jurídicas. La segunda de las iniciativas introduce, por una parte, una nueva eximente de responsabilidad penal, sustituyendo como tal al miedo insuperable por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, y por la otra, una agravante, referida a la crueldad o sevicias ejercida por el autor de un delito, con anterioridad a la ejecución de hecho”.<sup>302</sup> El Punto principal de esta ley era darle más herramientas a la mujer violentada para defenderse de su agresor.

Un primer intento, tal como relató Cury, por la Cámara de Diputados de introducir el estado de necesidad exculpante, fue, basado en la doctrina dominante que incluir los casos que corresponde a este estado de necesidad en el numeral 9º, de “incorporar una reforma al artículo 10 Nº 9º del Código Penal, de conformidad con la cual la exención de responsabilidad contemplada en ese disposición se extendía no sólo al que obra “violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable” sino también al que actúa “bajo la amenaza de un mal grave e inminente”. El texto así concebido apuntaba inequívocamente al estado de necesidad exculpante, pero era excesivamente rudimentario y abierto; por esa razón, el Senado lo rechazó, lo cual, junto con otras divergencias, condujo a la constitución de una Comisión Mixta que procurase conciliar las opiniones”.<sup>303</sup> Pues tal propuesta en nada

---

<sup>302</sup> Historia de ley 20.480. Ob. Cit. P. 28.

<sup>303</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 2.

mejoraba la complejidad de la aplicación del numeral 9° en las circunstancias que esta nueva norma pretendía cubrir.

Frente a este primer proyecto la docente Lidia Casas Becerra, en el Informe de Comisión de Familia, hace una nueva propuesta, y expone “que la casuística muestra que el argumento principal para la defensa de las mujeres que matan a sus parejas en el contexto de violencia, suele ser que actuó en un contexto de legítima defensa, cuestión que no es admitida, salvo como eximente incompleta. Ello se produce por que los parámetros en la construcción del estándar que las mujeres y el contexto de la violencia no logran satisfacer. Por lo tanto a su parecer, pareciera ser más útil modificar el N° 4 del artículo 10”.<sup>304</sup> Es decir, según ella, era más coherente una reforma a la legítima defensa. Sin embargo aquello no tiene lugar, pues como vimos, la legítima defensa tiene como requisito que el daño recaiga sobre la persona o los bienes que realizó un acto ilícito, situación distinta en el estado de necesidad, que es más amplia, abarcando muchas situaciones tan extremas como la constante violencia.

Iván Fuenzalida Suárez y María Elena Santibáñez en representación de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en este mismo informe opinaron que a su parecer el “proyecto establecía una tercera hipótesis de inexigibilidad de otra conducta, además de las establecidas en el N° 9 del artículo 10 del Código Penal, que eximen al que obra impulsado por una fuerza irresistible o por un miedo insuperable, al señalar que estaría exento de responsabilidad criminal quien obra bajo la amenaza de sufrir un mal grave o inminente, lo que claramente apuntaba a que dicha circunstancia se aplique a quien teme sufrir nuevos episodios de violencia intrafamiliar, en condiciones de prueba más beneficiosas para quien comete el delito, al no exigir las estrictas condiciones

---

<sup>304</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 78.

de las eximentes mencionadas anteriormente”.<sup>305</sup> Opinando así que, debido a los hechos que el legislador pretende dejar impune con esta reforma, las cuales sobrepasan el alcance del numeral 9° es más adecuado crear una nueva causal.

A este respecto, en este mismo informe el profesor Jaime Vera Vega opinó que “aparte de lo desaconsejable que resulta introducir un cambio parcial en la regulación de las causas de inexigibilidad de otra conducta, que ciertamente demandan un análisis de conjunto, cabe señalar que el nuevo texto propuesto reduce injustificadamente el ámbito de acción de la eximente de fuerza irresistible, al exigir un acto de amenaza de parte del hechor, dejando fuera otras situaciones que comprende la disposición, como el estado de conmoción psíquica que puede producir en la víctima la sola presencia del agresor. Esta situación, en el ámbito de las relaciones en que inciden los proyectos, paradójicamente quedaría excluida del beneficio exculpatorio que contempla la norma”.<sup>306</sup> La nueva redacción propuesta para el artículo 9° a su parecer, más que ayudar, solo complicaba más dejar impune las situaciones a las cuales iba dirigido el proyecto, ya que encontró que la hacía más compleja su aplicación.

También en este informe está la opinión del defensor penal público de ese entonces Eduardo Sepúlveda, mencionando que en el artículo 10 N° 9 “no era posible que la existencia de fuerza irresistible (vis absoluta), que suponía la exclusión de la acción, pudiera consistir o ser producto de una amenaza, puesto que la distinción sistemática entre vis absoluta y vis compulsiva atravesaba todo el ordenamiento jurídico. [Por otra parte] Si se buscaba incorporar una eximente vinculada a la situación de la mujer en el contexto de la violencia de género, la mejor redacción sería: “El que obra violentado por una fuerza irresistible, impulsado por un miedo insuperable, o bajo la amenaza de sufrir un mal grave e

---

<sup>305</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 82.

<sup>306</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 94.

inminente”<sup>307</sup> Siendo desde su punto de vista la primera propuesta del todo contradictoria al exigir que la fuerza irresistible fuera producto de una amenaza.

El representante del ministerio público opinó al respecto, que “atendida la redacción que tendría la circunstancia eximente al incorporar la propuesta en discusión, se relajarían las exigencias necesarias para la aplicación de esta norma, ampliando las hipótesis en las cuales puede tener cabida”.<sup>308</sup> Además agregó que “la idea que debe preservarse siempre en este tipo de normas es no dar lugar, de ninguna manera, a la autotutela, y concordó con el Ministro de Justicia en que la proximidad temporal exigida se justifica en que la persona, para poder invocar esta circunstancia eximente, debe actuar con un estado de ánimo justificadamente alterado al momento de cometer el delito”.<sup>309</sup> En otras palabras, tal propuesta debía desarrollarse aún más, pues tal como estaba redactada relajaba los requisitos de aplicación permitiendo el abuso del derecho sin embargo no reprocha la proximidad temporal allí exigida.

Por su parte el ministro de justicia de ese entonces declaró en este informe que a su parecer se “distorsiona el sentido del artículo 10 N° 9 del Código Penal, ya que se trata más bien de una hipótesis relacionada con la eximente de legítima defensa, por lo que se está mezclando dos temas distintos. [...] Indicó que este tipo de eximentes tienen relación con el estado de ánimo que la persona que comete un delito tiene al momento de su perpetración, por lo que eliminar el elemento de proximidad temporal entre la conducta delictiva y el hecho que motiva emocionalmente al autor a cometerla, acercaba mucho esta circunstancia a una venganza, sin merecer desde ese punto de vista un menor reproche jurídico, como sí sucedía cuando el hecho que sirve de motivación al delito y éste se suceden rápidamente. [...] Recalcó que una cosa era que se quisiera proteger a las personas víctimas de violencia intrafamiliar, y otra era

---

<sup>307</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 108.

<sup>308</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 111.

<sup>309</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 112.

que se justificaran reacciones y conductas que constituyen delito, ya que ello iba contra la lógica de un Estado de Derecho, al dar cabida a expresiones de justicia por mano propia”.<sup>310</sup> Considerando la redacción propuesta para el artículo 10 N° 9 del Código Penal poco clara y desnaturalizando la causal contenida, aplicando elementos de legítima defensa. Por otra parte defiende la idea de la proximidad temporal entre el peligro y cuando ocurren los hechos, evitándose dejar impune actos de venganza.

Sin embargo, a pesar de las críticas aquí presentadas, esta comisión de familia aprobó por 6 votos contra 4 esta reforma.

Posteriormente se presentó el primer Informe de la Comisión Constitución (Informe Comisión de Constitución Cámara de Diputados. Fecha 06 de agosto de 2008. Cuenta en Sesión 69, Legislatura 356. Boletines N°s. 4937-18 y 5308-18) que contó con la colaboración de doña Laura Albornoz Polmann, Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, doña Carmen Andrade Lara, Directora subrogante del Servicio, don Marco Rendón Escobar, Jefe de Reformas Legales del Servicio, doña Rosa Muñoz Pizarro y don Eduardo Sepúlveda Crerar, asesores jurídicos del mismo Servicio; doña Nelly Salvo Ilabel, Jefa del Departamento de Asesoría y Estudios de la División Jurídica del Ministerio de Justicia; don María Esther Torres Hidalgo, asesora jurídica del mismo Departamento; doña Marta Jimena Pinto Salazar, fiscal judicial de la Segunda Fiscalía de la Corte de Apelaciones de Santiago; doña Luz Rioseco Ortega abogada, magíster en Derecho; doña María Sandra Pinto Vega, Directora de la Clínica Jurídica de la Universidad Central; don José Luis Guzmán Dálbora, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Valparaíso; don Iván Fuenzalida Suárez, Director de la Unidad Especializada de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar del Ministerio Público; don Félix Inostroza Díaz, Director de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y

---

<sup>310</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P.p. 111-112.

Violentos del Ministerio Público, doña Paola Truffello García, abogada, funcionaria de la Biblioteca del Congreso Nacional; doña María Pilar Lampert Grassi, psicóloga, funcionaria de la misma Biblioteca; y don Leonardo Estradé-Brancoli, sociólogo, asesor parlamentario.

En esta discusión la abogada María Sandra Pinto Vega explicó “que la amenaza de un mal implica la advertencia de que un daño ocurrirá en el futuro; que sea grave sugiere que sea de relevancia y la expresión inminente, a su carácter próximo, inmediato en el tiempo. Sostuvo que la idea es buena pero se podría mejorar ya que resulta difícil acreditar una situación que ocurrirá en el futuro, por tanto, creyó conveniente modificarla por la siguiente: “En los delitos contra las personas, el que obra en defensa de su persona o de un tercero siempre que concurren las circunstancias siguientes: PRIMERO que haya sufrido un maltrato de relevancia y reiterado por parte del occiso o lesionado. Segundo, que la circunstancia anterior le haga presumir fundadamente que este maltrato se agravará en el futuro.” Estimó que esta norma traería las siguientes ventajas: 1.- Supone acreditar hechos pasados y no futuros. 2.- En base a aquellos se requiere realizar una proyección hacia el futuro desde la perspectiva del que se defiende. 3.- En la estructura del delito, afecta la antijuridicidad y pasa a constituirse en una causal de justificación. Agregó que para su ubicación existen fundamentalmente dos posibilidades: 1.- En la parte general, junto a las demás eximentes (art. 10 del Código Penal) 2.- En un artículo 411 bis del Código Penal, dentro de las disposiciones comunes a los delitos que trata este párrafo, es decir, a los delitos contra la vida y a la integridad física”.<sup>311</sup>

Aun bajo tales observaciones “La Comisión coincidió con el parecer del Diputado señor Burgos quien sostuvo que esta modificación actualizaba las disposiciones del Código, consagrando lo que la doctrina conoce como estado

---

<sup>311</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 172.

de necesidad exculpante”.<sup>312</sup> Quedando aprobado también por unanimidad reformar el artículo 10 N° 9 de Código Penal. De la misma forma y sin mucha discusión, queda aprobado en la correspondiente discusión de la Cámara de Diputados por unanimidad.

Poco se tocó el tema luego en la discusión en la sala del senado, no fue sino en el segundo informe de la Comisión de Constitución en la, Legislación, Justicia y Reglamento para la discusión en el Senado segunda tramitación, (Segundo Informe Comisión de Constitución. Senado. Fecha 13 de octubre de 2009. Cuenta en Sesión 58, Legislatura 357 Boletines Nos 4.937-18 y 5.308-18, refundidos), compuesta por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Ministro, señor José Antonio Viera-Gallo; el Subsecretario, señor Edgardo Riveros, y la asesora de la División Jurídico-Legislativa, señora Verónica García de Cortázar. Del Ministerio de Justicia concurren la Jefa del Departamento de Asesorías y Estudios, señora Nelly Salvo. Del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), la Ministra, señora Laura Albornoz; la Ministra subrogante, señora Carmen Andrade; el Jefe de Gabinete de la Ministra, señor Patricio Reinoso; el Jefe del Departamento de Reformas Legales, señor Marco Rendón, y la abogada del Departamento, señora Rosa Muñoz de la Biblioteca del Congreso donde se retomó la discusión de manera más profunda.

En esta instancia, el profesor Juan Domingo Acosta opina que “la redacción propuesta no le parece adecuada. Explicó que la idea tras la actual redacción del artículo 10, N° 9, del Código Penal, es concebir un factor externo que actúa sobre la voluntad del sujeto, como la fuerza o el miedo, al punto de influenciarlo en forma irresistible o insuperable para que realice una determinada conducta, es decir, al punto que otra forma de proceder no le sea exigible. Tales supuestos de gravedad, indicó, no se manifiestan en la modificación aprobada en general, que no requiere que la amenaza de un mal grave o inminente

---

<sup>312</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 189.

influya de tal forma en la voluntad del sujeto como para tornar inexigible otra conducta de su parte”.<sup>313</sup> Encontrando la propuesta, desde su punto de vista, incompleta al no exigir una afectación relevante en la voluntad de quien realiza el hecho ilícito como si lo hace la redacción actual del numeral 9°.

Expresó además que “parte de la doctrina ha considerado que el concepto de fuerza que usa el artículo 10, circunstancia 9°, comprende tanto a la fuerza física como a la fuerza moral, y que el concepto de fuerza moral es muy similar a la idea de “amenaza de un mal grave e inminente” que plantea la modificación, por lo que ella puede ser doblemente innecesaria”.<sup>314</sup> Es decir la redacción propuesta estaría demás pues ya se entiende considerada en la actual norma la fuerza moral. Esto último es apoyado por la senadora Soledad Alvear y llevó a decidir la suspensión de tal modificación al Código Penal hasta ver las concordancias con las demás modificaciones ya aprobadas.

Un vez discutida nuevamente la ley 20.480 en la cámara de Diputados (Cámara de Diputados Legislatura 357. Sesión 115. Fecha 06 de enero de 2010) en el Tercer Trámite Constitucional, luego de ser revisada por la Cámara del Senado, la diputada María Antonieta Saa pidió votación separada de la modificación del Senado al número 1) del artículo 1°, por la que suprime la frase “o bajo amenaza de un mal grave e inminente”, que se agregaba al número 9° del artículo 10 del Código Penal. Declaró en ese momento que: “no postulo que no se castiguen estos hechos, pero sí que se considere como eximente la violencia despiadada que ha sufrido la mujer durante muchos años”.<sup>315</sup> Recalcando con sus dichos que la intención del legislador al crear esta norma era la de proteger a la mujer víctima de violencia intrafamiliar y que la reforma propuesta era necesaria y útil no debiendo ser retirada de la discusión.

---

<sup>313</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 340.

<sup>314</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 341.

<sup>315</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 426.



Tal opinión fue apoyada por el diputado Jorge Burgos declarando la reforma al numeral 9 “era buena desde el punto de vista penal, y no sólo en función de este delito, pues la eximente propuesta puede ser aplicada por el juez en cualquier juicio. En tal sentido, considero un retroceso la proposición del Senado, por lo que me gustaría conocer los fundamentos que tuvo a la vista para adoptar esa decisión, porque a lo mejor me convencen. No obstante, estimo que debemos pelear legislativamente lo que aprobamos, según entiendo, unánimemente”.<sup>316</sup> Finalmente la propuesta del Senado quedó rechazada volviéndose a discutir sobre la reforma al Artículo 10 del Código Penal.

Por todo lo anterior el profesor Cury propuso “la reforma más radical pero más acotada de introducir un nuevo texto sobre el estado de necesidad en el numeral 11º del artículo 10 que, desde hacía largo tiempo, permanecía vacante por haber sido derogado su texto primitiva. La disposición que propuse establecía originalmente que estaba exento de responsabilidad criminal “el que obra para evitar un mal grave para su persona o derechos o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes 1ª Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de si o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta, siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.”<sup>317</sup> Presentándose por primera vez en la discusión de esta norma un planteamiento que responde a las anteriores observaciones que se le habían hecho a la propuesta de una nueva eximente.

La propuesta redactada por Enrique Cury fue presentada Comisión Mixta (Informe de Comisión Mixta Senado-Cámara de Diputados. Fecha 04 de

---

<sup>316</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 430.

<sup>317</sup> CURY CRZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 3.

octubre, 2010. Cuenta en Sesión 86, Legislatura 358), donde concurren por el Ministerio de Justicia, el Ministro señor Felipe Bulnes Serrano y el asesor de la División Jurídica, señor Sebastián Cabezas. Por el Servicio Nacional de la Mujer, la Ministra Directora, señora Carolina Schmidt, la Ministra Directora Subrogante, señora María Paz Lagos Valdivieso; la Jefa del Departamento de Reformas Legales, señora Andrea Barros; la Subdirectora del Departamento de Comunicaciones, señora Macarena Armijo; el Jefe de Gabinete de la Subdirectora, señor Alejandro Fernández; y los abogados asesores de la Ministra Directora, señores Francisco Veloso y Gabriel Zaliasnik. Por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia: la analista de la División de Relaciones Políticas, señora Soledad Pardo. Y con la colaboración de Enrique Cury Urzúa y Juan Domingo Acosta.

En la Comisión se analizó la duda del Senador señor Chadwick, en el sentido que no se ve con claridad, en la proposición del profesor Cury, que se requiera que exista alguna proporcionalidad justificadora entre la situación de necesidad y el mal que se hace para evitarlo. Y el Senador señor Larraín manifestó “que ya ello está acogido en la norma sugerida, al exigir que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal grave o inminente que motivó el actuar de él o la victimaria. Sin perjuicio de ello, puntualizó que esperaría que en la redacción se especifique que la motivación para actuar que justifica al victimario en este caso se funde en un mal grave para su persona o la afectación a uno de sus derechos fundamentales, y no a cualquier derecho, como se podría colegir de una primera lectura de la norma presentada”.<sup>318</sup>

En esta Comisión el profesor Cury explicó que su propuesta “comprendía la posición adoptada por el Senado debido a que, en su opinión, la norma propuesta por la Cámara de Diputados no se encontraba técnicamente bien construida en términos que permitiera cubrir la situación de no exigibilidad de

---

<sup>318</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 453.

otra conducta por parte de las mujeres maltratadas que, posteriormente, son victimarias”.<sup>319</sup> Es decir, para él la propuesta de la Cámara de Diputados incapaz de cumplir el objetivo de proteger a la mujer.

Cury explicó que este estado de necesidad del artículo 10 N° 11 Código Penal “sigue muy cerca el texto del artículo 34 del Código Penal suizo de 21 de diciembre de 1937, modificado el 5 de octubre de 1950, subtítulo precisamente “Estado de necesidad”, con arreglo al cual, “1. Cuando un acto hubiese sido cometido para preservar de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera un bien perteneciente al autor del acto, especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, el patrimonio, ese acto no será punible si el peligro no era imputable a culpa de su autor o si, dadas las circunstancias en que el acto fue cometido el sacrificio del bien amenazado no podía ser razonablemente exigido al autor del acto. Si el peligro era imputable a culpa de este último o, en las circunstancias en que el acto fue cometido, el sacrificio del bien amenazado podía ser razonablemente exigido al autor del acto, el juez atenuará libremente la pena (art. 66) 2. Cuando un acto hubiere sido cometido para preservar de un daño inminente e imposible de evitar de otra manera un bien perteneciente a otro, especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, el patrimonio, ese acto no será punible. Si el autor podía darse cuenta de que el sacrificio del bien amenazado podía ser razonablemente exigido de aquél al cual el bien pertenecía, el juez atenuará libremente la pena (art. 66)” Tan sólo se procuró una mayor concisión del precepto tratando conjuntamente los dos casos a que se refiere el texto suizo y, además, acomodando la redacción a la del código punitivo nacional que, por una parte, resulta más familiar a los jueces y, por la otra, permite que funcionen respecto de la institución que se consagra otras disposiciones generales de nuestro texto legal. Pero, asimismo, la nueva normativa se asemeja también a

---

<sup>319</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 448.

lo que dispone el artículo 54 del Código Penal italiano y, en menor medida, a la contemplada en el artículo 20 N° 5° del Código penal español, algo más restrictiva”.<sup>320</sup> Se dedicó por lo tanto a estudiar el derecho comparado y ver que legislaturas contenían una norma que se acercara a sus propósitos.

Explica además algo interesante respecto a la naturaleza de esta norma al declarar que “la redacción elegida abarca ambas formas del estado de necesidad: el justificante y el exculpante. Esto se presta a dificultades hermenéuticas y sistemáticas, como puede advertirse en la literatura italiana y española. Pero, atendidas las circunstancias en el momento de la consagración legislativa de la eximente no era posible abogar por la aprobación de dos disposiciones separadas, como las que se encuentran en los §34 y §35 del Código Penal alemán que, posiblemente, hubieran resultado al menos en principio más fáciles de sistematizar. Tal como están las cosas, corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia realizar la separación de las dos instituciones pero, sea como fuere, no debiera caber duda que la normativa aprobada constituye un progreso si se la compara con la “mezquina” regulación del estado de necesidad justificante contenida en el artículo 10 N° 7, resabio de un Código caduco y autoritario, generalmente criticada por la mejor doctrina contemporánea”.<sup>321</sup> De esta manera vemos que la intención de Cury era que además de ser un estado de necesidad exculpante, fuera también justificante en aquellos casos en que el bien sacrificado es menor que el que se salva pero no es un bien jurídico permitido sacrificar por el 10 N°7 del Código Penal.

Por otra parte, Enrique Cury, explicó en esta Comisión Mixta, “que el elemento central de la legítima defensa es una agresión ilegítima, actual o inminente, y señaló que en los casos que supone su propuesta no se presenta en el momento una agresión propiamente tal, sino que se configura ante un

---

<sup>320</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. 3-4.

<sup>321</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. p. 4-5.

hecho o estado que pone a la persona en una situación en la que no le es exigible otra conducta. [...] Agregó que la actual causal séptima es más limitada que la proposición, porque ella limita la posibilidad de ofensa exenta de responsabilidad en caso de estado de necesidad sólo al supuesto de daños a la propiedad. Además, y en respuesta a lo señalado por el Honorable Diputado señor Calderón, expresó que la unanimidad de la doctrina nacional y el Derecho comparado consideran que la exigibilidad de otra conducta es parte del elemento “culpabilidad” de los ilícitos penales, por lo que la inclusión de esta disposición en la legislación positiva no implica, de forma alguna, zanjar por la vía legislativa una discusión doctrinaria”.<sup>322</sup> Ratificando, nuestra tesis de que esta sería una causal de inexigibilidad de otra conducta, y que tales casos no caben en la legítima defensa, ni el artículo 10 N° 9, ni en el estado de necesidad justificante.

Luego de tales aclaraciones se aprobó la propuesta tanto en la Comisión Mixta como en los trámites siguientes sin cambios, siendo la redacción actual del artículo 10 número 11 del Código Penal. Podemos afirmar, como lo hizo, Vargas Pinto, que “surge por la preocupación que genera la respuesta de una mujer víctima de violencia intrafamiliar no inmediata, es decir fuera de la legítima defensa (n° 4,5 y 6 del artículo 10), y que puedan tener repercusiones distintas de esos daños patrimoniales cubiertos por el n° 7 de la misma disposición”.<sup>323</sup> Sin embargo desde ya hacemos notar que esta norma es de aplicación general, no se especifica que solo es aplicable en la circunstancias de una mujer víctima de violencia intrafamiliar, por lo tanto, podríamos decir, de que se aprovechó la oportunidad para aplicar esta norma que abarca más allá de las intenciones que tenía el legislador.

---

<sup>322</sup> Historia de ley 20.480. Ob. cit. P. 452.

<sup>323</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P.p. 744-745.

Atendido lo anterior, Héctor Hernández, opina que “no parece que los propósitos legislativos se puedan lograr con la norma aprobada. Al margen de cualquier valoración de dichos propósitos si de lo que se trataba era de permitir de un modo relativamente expedito la exención de la responsabilidad de la mujer que, cansada de los graves maltratos acumulados y temerosa de ser víctima en cualquier momento de nuevos maltratos, ataca a quien la ha martirizado sistemáticamente, lo pertinente era constituir una variante privilegiada de la legítima defensa, en términos de relativizar la exigencia de actualidad o inminencia que unánimemente se exige para la agresión ilegítima que es el presupuesto de dicha eximente, exigencia que constituye un gran obstáculo técnico para la absolución de mujeres que, desde el punto de vista de las valoraciones sociales actuales, al atacarlo cuando no las está agrediendo ni está en condiciones de reaccionar, no hacen más que defenderse de él en un sentido laxo. Pues bien, en la medida en que el nuevo N°11 exige expresamente “actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar”, sin que por otra parte haya ninguna razón para que dicha exigencia se entienda de un modo distinto a como se entiende en el estado de necesidad justificante o en la legítima defensa, el obstáculo permanece intacto”.<sup>324</sup> Para nosotros, el autor hace una crítica razonable, sin embargo veremos que esta norma si es suficiente.

Vemos entonces, que esta norma surgió como una manera de dar una herramienta legal a la mujer para quedar impune en caso de matar a aquel que le ha provocado constantes maltratos.

En un principio, se propuso simplemente cambiar el artículo 10 N°9 agregando la frase “bajo la amenaza de un mal grave e inminente”. Sin embargo, esta reacción fue considerada como insuficiente. Muchos criticaban

---

<sup>324</sup> HERNÁNDEZ, HÉCTOR. “Comentario artículo 10 n° 11” EN COUSO, JAIME Y HERNANDEZ, HECTOR (Directores). “Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia”. Santiago. Chile. Abeledo Perrot. 2011. P.p. 268- 269.

que tal reforma más que ayudar complicaba su aplicación al exigir una perturbación actual durante el hecho, cosa que no ocurriría por ejemplo, si la mujer matara a su agresor mientras duerme. Otros decían que más que un acto de inexigibilidad era una legítima defensa, proponiendo reformar esa causal y por último, unos proponían crear una nueva eximente.

Con tales divergencias, la discusión de tal reforma se suspendió hasta la Comisión Mixta donde Enrique Cury presentó su propuesta, un nuevo estado de necesidad, de naturaleza aparentemente exculpante, la cual si modificación ni mucha discusión quedó aprobada. Si bien se critica que tal norma al tener carácter general no cumple el objetivo con la que se presentó, la de proteger a la mujer, sin duda viene a completar un vacío legal al contener nuestro Código Penal hasta ese momento, sólo un estricto estado de necesidad justificante.

Otra cosa a destacar es la doble naturaleza que le pretende dar su redactor (justificante y exculpante) de esta manera no solo se llena el vacío legal de la falta de un estado de necesidad exculpante, sino que además ampliar el estricto estado de necesidad justificante que tiene el Código Penal Chileno.

A continuación analizaremos la norma y sus requisitos.

## **5.2. Análisis de la norma**

Ya analizado el contexto en que se redactó esta norma podemos analizar detenidamente su contenido. Veremos acá qué interpretación puede tener esta norma para continuar averiguando cuál es su naturaleza, sus efectos y alcances. Para ello, en esta parte del trabajo luego de un análisis general se estudiara cada requisito.

Lo primero que debemos decir, tal como lo hace notar Acosta Sánchez, es que “al no derogarse el artículo 10 número 7 del Código Penal, existen dos normas con efectos más o menos generales, que regulan el estado de

necesidad. Por otro lado, el nuevo artículo 10 N°11 se estructura de manera semejante al estado de necesidad justificante ya existente en el Código Penal, con algunos requisitos adicionales que hacen más estricta la aplicación de aquel que la de éste. Así, en la nueva norma se ha agregado la exigencia de gravedad del mal que se pretende impedir, que no existe en el artículo 10 N°7 y se han explicado los deberes de tolerancia que en esta última disposición requería solo la doctrina. Entonces, la diferencia entre estas normas radica principalmente en la naturaleza del bien sacrificado y en su posición valórica frente al bien que se trata de salvar. En base a ello pueden darse los primeros criterios de delimitación: (i) El estado de necesidad justificante está regulado en el artículo 10 n° 7 de Código Penal cuando se lesionan bienes patrimoniales y en el artículo 10 n° 11 respecto de otras lesiones; (ii) el estado de necesidad disculpaste [o exculpante] se trata sólo en el artículo 10 n° 11 sin importar la naturaleza del bien sacrificado”.<sup>325</sup> Esto siguiendo lo dicho por Cury sobre que en esta norma estaban tanto la naturaleza exculpante como y la justificante.

Enrique Cury, en un escrito que redactó posterior la aprobación de la ley 20.480, declaró respeto al nuevo numeral 11° que “una de las cuestiones que en relación con esta forma de estado de necesidad exige ser dilucidada de manera urgente, es la referente a lo que ha quedado en pie del artículo 10 N° 7. Durante la discusión del proyecto en la Comisión Mixta, se me sugirió por el profesor Acosta que convenía derogarlo pues, en su opinión, al aprobarse la disposición propuesta quedaba sin contenido aprovechable; pero preferí no plantearlo, tanto para no introducir confusión en el debate, como porque me parecía que el asunto merecía ser estudiado con más detención. Con posterioridad, sin embargo, he llegado a la conclusión de que efectivamente la eximente del artículo 10 N° 7 ha sido derogada tácitamente por la del N° 11, en cuanto esta última se considere como justificante. La razón es la siguiente:

---

<sup>325</sup> ACOSTA SANCHEZ. JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. p. 697-698.



Tratándose de causales de exclusión de la antijuridicidad, la norma especial es aquella que permite la exención de responsabilidad en el mayor número de casos, al revés de lo que ocurre con aquellos preceptos que agregan situaciones al catálogo de hecho punibles, en donde la norma especial es precisamente la que extiende la punibilidad a unos casos particulares. En el caso de la disposición del artículo 10 N° 11, es evidente que abarca todas las hipótesis contempladas anteriormente en el 10 N° 7° y agrega otras nuevas a los cuales aquel no justificaba –cuando menos *de lege lata*-. Por consiguiente, hay que concluir que este último precepto, atendido su carácter restrictivo de la eximente era la norma general y que el del artículo 10 N° 11 que consagra una justificante más extensiva es la especial y, por consiguiente, deroga a aquella (artículo 13, en relación con el 53 del CC.)<sup>326</sup> Explicando que no hay conflicto entre ambas normas, sobre todo si el artículo 10 N° 11 se utiliza como estado de necesidad justificante, pues es de carácter especial, teniendo primacía sobre el numeral 7° del mismo artículo y además por la amplitud del numeral 11° este deroga tácitamente al 7°.

Sin embargo, al respecto Hernández opina que el hecho de que “no se trate de una causal de justificación fluye no solo de las afirmaciones hechas durante tramitación legislativa, sino también de la subsistencia del estado de necesidad regulado en el N° 7, que sugiere que más que la mera ampliación de una causa de justificación preexistente se quiso establecer algo de naturaleza diferente, como veremos luego en las circunstancias 3° y 4°, esto es que el mal causado “no sea sustancialmente superior al que se evita” y que “el sacrificio no le sea exigible”. Lo segundo es porque, sin perjuicio de las presiones que luego se hacen al respecto, remite manifiestamente a la idea de inexigibilidad, que, cumplida la exigencia de subsidiariedad de la circunstancia 2° estaría fuera de lugar si se tratara de una genuina causa justificante”.<sup>327</sup> Otorgándole solo

---

<sup>326</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. p. 7-8.

<sup>327</sup> HERNANDEZ, HECTOR. Ob. Cit. P. 270.

naturaleza exculpante, pero si seguimos a redactor (Enrique Cury) no podemos aceptar esta interpretación, lo que si podemos afirmar, es que si se inició con la intención de crear una eximente de culpabilidad, al ver que la primera propuesta era la de modificar ese tipo de causal (Art. 10 N° 9 CP).

Con la primera novedad que nos topamos y que hace notar Acosta Sánchez, es que en el encabezado de este nuevo numeral se “exige que el mal sea “grave”, lo que marca una importante diferencia con el artículo 10 N° 7, que no lo requiere, ni aún en concepto de la doctrina. Este requisito es de la mayor relevancia, pues restringe significativamente el ámbito del nuevo estado de necesidad, tanto en su dimensión justificante como disculpante [exculpante], excluyéndose en los casos en que se trata de evitar males no graves. Estos últimos solo permiten sacrificar la propiedad ajena si se cumplen los requisitos nombrados en el 10 N° 7. La exigencia permite responder a las críticas dirigidas a la excesiva amplitud que en algunas legislaciones tiene el estado de necesidad justificante (en principio, la colisión puede producirse entre toda clase de bienes). La gravedad del mal debe enjuiciarse con criterio objetivo pero con consideración a las particulares circunstancias del afectado. No cómo este siente (percibe) el mal, lo que significa dejar de lado la situación personal objetiva. Es un mal grave el que afecta la vida humana; en el caso de la salud, dependerá de la intensidad de la afectación; en principio, no es grave un mal que lesione el honor, la esfera de la intimidad u otros bienes de esa entidad. Por regla general el riesgo para los bienes patrimoniales no es grave y no cabe aplicar el artículo 10 N° 11 del Código Penal (sí el N° 7 cuando el mal causado sea menor), pero puede serlo si en el caso concreto perjudica muy seriamente a una persona o su magnitud es muy grande”.<sup>328</sup> De esta manera la amplitud de esta norma se reduce bastante desde un principio.

---

<sup>328</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. 702.

Para Cury, el redactor de esta norma, respecto a esta gravedad exigida, explica que la intensidad del peligro que amenaza “debe ser determinada conforme al criterio del “hombre medio”. [...] No creo que se encuentre otro capaz de precisar los límites de una situación que es, en sí, limítrofe y cuya apreciación práctica está erizada de dificultades”.<sup>329</sup> Es decir, esta gravedad dependerá de que tan perjudicial es para un “hombre medio” y como esta debería actuar frente a este peligro.

Otra modificación destacable del encabezado de la norma, explicada por Cury, es que aquí “se eximen de responsabilidad tanto al que actúa para evitar un mal grave que lo amenaza a sí mismo como también el que amenaza a un tercero, sin exigir que este último se encuentre vinculado con el autor por relaciones parentales o de cercanía personal especial. Esta decisión de autorizar más ampliamente el auxilio necesario al tercero suele ser objeto de crítica en la doctrina alemana, la cual defiende esas exigencias (parentesco, cercanía personal) con el argumento de que la libertad de decisión del autor sólo queda efectivamente excluida o severamente reducida cuando el amenazado por el peligro es alguien que le es próximo, de manera que él resulta especialmente conmovido por la situación”.<sup>330</sup> De esta manera, esta norma resulta ser más amplia que su símil alemán (§35 Del Código Penal Alemán).

Cury por lo tanto, repudia el tratamiento alemán del estado de necesidad exculpante sosteniendo que “la limitación de la exculpación a los casos en que el peligro amenaza a un círculo reducido de personas designadas por la ley, prescinde de los vínculos de solidaridad que se espera existan entre quienes participan en la convivencia y que, por fortuna, a menudo no requieren que entre el auxiliador y el auxiliado existan relaciones formalizadas como las

---

<sup>329</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 19.

<sup>330</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 10.

mentadas por el §35 del Código penal alemán. Probablemente una de las ventajas del estado de necesidad exculpante sobre la eximente de miedo insuperable radica justamente en que no demanda sino el reconocimiento de que el auxiliador ha obrado movido por ese impulso de respeto a la humanidad del otro concebido como fin en si mismo”.<sup>331</sup> Lo principal aquí es la solidaridad, y no actuar por deber, restringir de tal manera el estado de necesidad lo haría casi inaplicable.

Para Mañalich, esta extensión de este estado de necesidad a terceros hace notar su naturaleza de causal de exculpación, ya que según él, “no hay razón alguna para desestimar que la realización de una preferencia por impedir que un tercero cualquiera sufra el menoscabo de un bien expuesto a un peligro pudiera contar como expresión de la subjetividad del autor que vuelva comprensible (aun cuando no justificable) la falta de omisión de la acción prohibida por la norma respectiva, de manera tal que la falta de seguimiento de la norma no le sea reprochable como un déficit de fidelidad al derecho. Pues la tradicional concepción liberal y reduccionista de la agencia individual, construida sobre la premisa de la promoción del auto-interés como motivo dominante no tiene por qué encontrarse legislativamente validada. Es decir: no hay razón alguna por la cual una situación (objetiva) que sirve de contexto a un comportamiento altruistamente motivado no pueda volver jurídicamente comprensible, y en tal medida excusable, una falta de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción en la concreta situación de peligro para uno más bienes jurídicos ajenos. Pues la promoción del bienestar de otros entonces, también puede ser una preferencia definitoria de la subjetividad del agente frente al cual el derecho llegue a suspender marginalmente la expectativa de fidelidad al derecho”.<sup>332</sup> De esta manera al considerar esta norma este elemento “altruista” refleja la búsqueda de “disculpar” este hecho,

---

<sup>331</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 11.

<sup>332</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P.p. 735-736.

pero no por ello nosotros descartamos (aún) la posibilidad de que en ciertos casos actúe esta norma como una causal justificante.

Otro punto destacable en este encabezado es que se exija que el peligro ha de ser para “su persona, o derecho”, Para Vargas Pinto, esto “parece aludir a cualquier bien jurídico que se vincule o no con la existencia misma de la persona, como la vida; salud; libertad, intimidad; propiedad; honor, etc. Dejaría fuera los bienes colectivos, como la salud pública y/o la seguridad colectiva, siguiendo los términos de la legítima defensa y de otras legislaciones que tratan el estado de necesidad”.<sup>333</sup> Dejando claro esta norma ya en su encabezado la amplitud de los bienes jurídicos que se pueden ver implicado aquí.

Vemos entonces que las primeras novedades serían, la exigencia de que el más sea grave, lo cual desde ya pone una limitación en la aplicación de esta norma, sin embargo vemos otros requisitos como que pueda actuar el que se ve amenazado o un tercero y que además se afecte a su persona o derecho” que la hacen mucho más amplia que el artículo 10 N° 7 del Código Penal.

Tenemos también, que para algunos autores, entre ellos el redactor de este numeral, Enrique Cury, estamos en una doble naturaleza, pues cuando se daña un bien jurídico de menor entidad, pero no previsto en el estado de necesidad justificante de nuestro código, este norma actuaría como un estado de necesidad justificante y para otros es solo de naturaleza exculpante, como Hernández.

Si se considera de naturaleza doble, surge el conflicto sobre si debería o no derogarse el numeral 7°, pero Cury explica, basado en principio de la especialidad, que quedaría tácitamente derogado, en aquellos casos en que actúe como estado de necesidad justificante.

---

<sup>333</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P. 751.

A continuación se estudiará cada uno de los requisitos que contiene este numeral.

### **5.2.1. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar**

Debemos empezar con lo sostenido por Vargas Pinto quien dice que “el elemento esencial [del estado de necesidad] es la existencia de un mal grave actual o inminente que se busca evitar. Este mal puede ser propio o ajeno, es decir puede afectar a la persona que causa el mal para aquel otro o a un tercero. Además, ese mal puede referirse a cualquier bien jurídico. La amplitud se observa ya en la circunstancia base y se evidencia más en aún en el tercer requisito”.<sup>334</sup> Como ya hemos dicho, este es requisito principal de cualquier estado de necesidad, solo que aquí la amplitud es mayor.

Vargas Pinto afirma además que este mal “puede tener cualquier fuente, salvo la agresión ilegítima de la propia “víctima”, que sería un supuesto de justificación de legítima defensa. Se dice que tampoco debe provenir de quien causa el mal que se busca eximir. Esta provocación lo obligaría a cargar con el mal que se crea, sin que proceda la circunstancia, como se desprende del 4º requisito de la eximente”.<sup>335</sup> Sin embargo, veremos que esto es cuestionable, pues el requisito cuarto puede tener una interpretación más abierta permitiendo la aplicación de la norma en la autoprovocación.

Cury explica en este requisito que “a diferencia del artículo 10 N° 7, el cual exige que el mal que se evita sea “real o inminente”, el 10 N° 11 requiere que sea “actual o inminente”. La cuestión de cuando el mal es actual no presenta problemas muy distintos de los que se producen respecto de ese requisito en la legítima defensa. En cambio, de acuerdo a la mejor doctrina comparada, la inminencia se aprecia aquí de manera más flexible e, incluso, puede tener un

---

<sup>334</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P.p. 152-153.

<sup>335</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P.p. 186-187.

carácter permanente, como ocurre en el caso del “tirano familiar”, lo cual explica que la institución se introdujera precisamente en la ley 20.480 con motivo de la creación del delito de femicidio, porque presenta con éste una cierta relación, aunque sólo sea indirecta”.<sup>336</sup> De esta manera, se puede actuar bajo este estado de necesidad sin que aún haya peligro, pero bajo el supuesto de que su procedencia es una certeza.

En este punto Castillo Lara aclara que “si bien la apreciación de procedencia se debe hacer *ex ante* hay que tener en consideración que los requisitos -al igual que en materia de legítima defensa- son requisitos alternativos y no copulativos. Es decir, la ley no exige que el ataque sea actual e inminente; si no que debe ser actual o inminente. Una agresión actual [como vimos] es la que se está ejecutando y mientras la lesión del bien jurídico no se haya agotado totalmente. La agresión subsiste siempre, naturalmente, en los delitos permanentes, como el secuestro, y en la repetición de los actos constitutivos de delitos habituales y continuados. Claro que la acción defensiva debe ser necesaria para impedir o repeler una agresión: impedir en caso de que una agresión sea inminente; repeler, en el caso que la agresión sea actual”.<sup>337</sup> En esta norma las características de actualidad e inminencia no deben concurrir de manera conjunta, si no que basta con una de ellas. El hecho de que sean requisitos alternativos, también amplia mucho más la aplicación de esta norma.

Respecto al término “inminente”, se puede entender, tal como lo dicen Politoff, Matus y Ramírez, como algo que es “lógicamente previsible. Puede, en efecto ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, ya que si hay indicios evidentes de su proximidad, una mayor espera podría frustrar las posibilidades de la defensa y no sería razonable, por otra parte, exigir del agredido que pruebe la fuerza del agresor antes de defenderse. No se exige tampoco que la

---

<sup>336</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 12.

<sup>337</sup> CASTILLO LARA, ALEJANDRA. “El delito de femicidio”. Departamento de estudios Defensoría Nacional. www.ddp.cl. Santiago Chile. 2011. P. 11.

agresión se encuentre técnicamente en grado de tentativa (art. 7° CP), pues no es requisito de ésta su carácter delictivo, sino solamente el ser ilícita”.<sup>338</sup>

En este punto Acosta Sánchez explica que “tanto en las hipótesis del artículo 10 N° 7 como en la del N° 11, el mal debe ser siempre real (actual o inminente). Si se trata del estado de necesidad justificante putativo, el mal no es real (imaginado) determina un error de prohibición que recae sobre los presupuestos fácticos de una justificante (en las dos hipótesis del estado de necesidad del artículo 10 del Código Penal). Más complejo es el caso del error en estado de necesidad exculpante es distinto. Según algunos, en las causas de inexigibilidad, es irrelevante que el mal amenazado tenga existencia o que el sujeto sólo se lo represente, porque lo decisivo es la anormalidad motivacional. Otros afirman el error sobre presupuestos objetivos de una causal de inexigibilidad equivale a un error de prohibición y debe ser tratado según esas reglas. (...) En nuestro ordenamiento no hay norma expresa relativa al error de tipo, ni el de prohibición ni el de exculpación. Como en la exculpante el mal debe ser real, el error sobre éste excluye el estado de necesidad y, los casos en que la falsa representación no derive en autentico error de prohibición, pueden solucionarse mediante la aplicación analógica de las reglas de este último, que tiene un reconocimiento doctrinario amplio”.<sup>339</sup> Tema que deberá resolverse con el tiempo cuando cada vez esta norma adquiera más aplicación.

. En este requisito por lo tanto, la gran novedad que la diferencia del estado de necesidad contenida en el artículo 10 N°7 es que las características de actualidad e inminencia exigidos para el peligro que se quiere evita son alternativos y no copulativos.

Lo anterior permite ampliar la aplicación de esta norma, pues aunque haya una manera que no sea actual, el hecho de la certeza de que en algún

---

<sup>338</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Ob. Cit. P. 219.

<sup>339</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P.p. 703-704.



momento estará presente es suficiente, para poder actuar bajo esta eximente. Es por eso que en el caso del aborto terapéutico, si bien al momento de realizarse este, la mujer no corre un actual peligro de morir, pero habiendo certeza de que si continua con el embarazo si lo hay, esta norma es del todo aplicable.

Respecto al error de esta actualidad o inminencia, es complejo aún llegar a un acuerdo, sobre todo debido que esta norma aun ha sido poco aplicada, pero nos quedamos con la idea de Acosta Sánchez, que este error excluye su aplicación, y si no hay un auténtico error de prohibición, se resuelve con la aplicación analógica de este.

### **5.2.2. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo**

Empecemos con la afirmaciones de Vargas Pinto, quien dice que este requisito “mantiene la lógica de la necesidad al utilizar las mismas expresiones que el clásico estado de necesidad que se expuso, “que no tenga otro medio practicable menos perjudicial”, y que se condice con la racionalidad de los medios que exige la legítima defensa”.<sup>340</sup> Como ya vimos, aquí vimos que se mantiene el principio de la subsidiaridad, elemento base de cualquier estado de necesidad.

Y es así que además agrega que este es “un elemento negativo propio de un estado de necesidad. De ahí que se utilicen los mismos términos que en el estado de necesidad justificante del N°7 del art. 10. Explica la exigencia o necesidad del mal causado como único medio para salvar el bien amenazado del mal actual o inminente. Si existe otro medio menos gravoso y no se utiliza, no se está bajo situación de necesidad que pueda eximir de responsabilidad”.<sup>341</sup>

---

<sup>340</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. 153.

<sup>341</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. 187.

Queda claro con esto, que otro límite de este estado de necesidad es que no haya otra manera de enfrentar este peligro menos perjudicial.

Y es así que, al igual que nosotros, Vargas Pinto concluye que aquí “se hace referencia al mal causado como único medio, “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 única solución para salvar el bien protegido. Esta idea destaca lo que explicaría o fundamenta una situación de necesidad, el que no haya otro camino para salvar ese bien que afectar otro. El problema es que también está protegido el bien que efectivamente lesiona. ¿Cede su protección por la necesidad de otro? Aquí surgen las diferencias importantes entre ambos estados de necesidad y que se vinculan con la diversa entidad de males o bienes”.<sup>342</sup> La diferencia entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, es que en este último es más complejo ver hasta dónde debe ceder el derecho.

Cury advierte, que aquí pueden ocurrir “problemas sutiles de apreciación, pues requiere evaluar un contexto en el cual decide la cuestión de si era razonablemente posible echar mano de otras medidas para eludir el riesgo que amenazaba. En los casos concretos, esa practicabilidad debe tener en cuenta la seriedad de la intervención que el necesitado o auxiliador ejecutará en bienes jurídicos del tercero o terceros afectados. Aquí, por consiguiente, surge excepcionalmente un deber de examen para el autor que usualmente no concurre en las justificantes y es incluso menos exigible en una exculpante. El requisito, sin embargo, en este caso se justifica debido al hecho de que quien resultará afectado por el ataque es un tercero inocente, cuyos bienes jurídicos sólo deben ser sacrificados en situaciones calificadas. El necesitado, por eso, debe ponderar la mayor o menor dificultad de servirse de medios menos

---

<sup>342</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P.p. 752-773.

perjudiciales que aquellos de que echa mano y actuar sólo cuando concluye razonablemente que no le es posible acudir a ellos en la situación existente y que por consiguiente no le queda otra opción que la injerencia salvadora en los bienes jurídicos inocentes. Con todo, debe tenerse presente la situación de emergencia en la que usualmente suele encontrarse en estos casos el amenazado y que naturalmente reduce sus posibilidades de un examen muy detenido”.<sup>343</sup> Como ya dijimos, todo dependerá finalmente del contexto en que ocurrieron los hechos.

Cury agrega además que “por lo que se refiere a la cuestión de cuál de los medios es menor perjudicial, también tiene el tribunal que efectuar una ponderación de todos los intereses contrastantes la cual no admite simplificaciones apresuradas”.<sup>344</sup> Aquí hay una importante labor investigativa que debe hacer el tribunal.

Así, para este autor es importante destacar que “si existe otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo, la excusante queda excluida, pero cabe apreciar la eximente incompleta del artículo 11 N° 1 en relación con el 73”.<sup>345</sup> Siguiendo la misma lógica del 10 N° 7

En este requisito, por lo tanto, debemos rescatar la consagración el principio propio del estado de necesidad, el de la “subsidiariedad”, porque la redacción es la misma que en el numeral 7°.

Otro punto importante y que será también labor de los tribunales, es que este “medio menos lesivo” sea aquel disponible en ese momento, y también considerar lo extraordinario y la urgencia de la situación, que no permite analizar de manera tan detenida los medios disponibles para afrontar el proyecto.

---

<sup>343</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 14.

<sup>344</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. p. 14

<sup>345</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 13.

### **5.2.3. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita**

Debemos partir con lo advertido por Vargas Pinto, que “no aparece en la historia de la ley 20.480 el motivo de la inclusión de la exigencia que el mal causado “no sea sustancialmente superior” al que se evita. Probablemente obedezca a la inquietud registrada del senador Chadwick sobre la proporcionalidad entre ambos males. Esta preocupación por una relación lógica entre el estado del agente “necesitado” y el daño que provoca al otro sujeto inocente protegido, por el que se exime la responsabilidad, podría ser la razón de uno de los elementos más cuestionables de este estado de necesidad”.<sup>346</sup> Era necesario fijar una proporcionalidad respecto hasta donde debe ser soportado este sacrificio.

Lo importante aquí, como destaca Vargas Pinto es que “cuando la diferencia entre los males no existe o cede en favor del bien salvado nos encontramos fuera del ámbito de la justificación, lo que se condice con la idea que el legislador dice buscar”.<sup>347</sup> Aquí encontramos el elemento diferenciador entre este estado de necesidad y el estado de necesidad justificante, el no solo poder sacrificar un bien de menor valor.

Eso sí, al igual que esta autora, encontramos aquí una mayor dificultad en la aplicación de esta norma, “en cuanto extiende la magnitud del mal causado para eximir de responsabilidad penal: “que el mal causado no sea sustancialmente superior al mal que se evita”. Esta expresión implica que este mal no solo puede ser igual al mal que se trata de evitar, sino que puede ser mayor, solo que no “sustancialmente”. La consideración remite a una necesidad de actuación que excede de la justificación, pues el Derecho no podría hacer diferencias si no las hay en los objetos valorados”.<sup>348</sup> Lo anterior revela su

---

<sup>346</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P. 747.

<sup>347</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P. 748.

<sup>348</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. 153.

naturaleza de causal de exculpación y en específico de una causal de inexigibilidad de otra conducta. Por otra parte, notamos que se entrega el desafío a la doctrina y jurisprudencia de fijar su alcance al utilizar términos tan amplios como “sustancialmente”.

En este punto es importante lo dicho por Hernández, quien afirma que en esta eximente “si bien debe reconocerse que, saliendo del ámbito en que está en juego la vida, no existe mayor claridad de la jerarquía que el corresponde a cada bien jurídico, menos aún si, además, se introduce la variable de grado de afectación (¿es más grave sufrir una herida que privar de libertad por una hora a alguien o sufrir una mutilación que violar a alguien?), que la eximente proceda incluso cuando el mal causado al que se quería evitar con tal que no lo sea sustancialmente, permite un amplio margen de apreciación judicial, porque sin duda lo sustancial no está referido a la distinta jerarquía de lo que está en juego, que es un presupuesto ya asumido explícitamente por la ley, sino la importancia que existe entre la posición ordinal de cada valor en la escala jerárquica. En otras palabras, no es razón suficiente para negar el requisito que los males en cuestión estén en distinto peldaño, sino solo que en sus respectivos peldaños estén significativamente alejados”.<sup>349</sup> No es un tema, por lo tanto, de jerarquía, sino de la importancia dada dentro de la jerarquía en la que están.

Vargas Pinto, sobre este requisito explica que “el que el mal no sea sustancialmente superior al evitado surgiría como límite que expresaría cierta relación de proporcionalidad con el mal que se evita, que se deduce de la gravedad de este mal que no se produce y del carácter subsidiario de la conducta necesaria lesiva”.<sup>350</sup> De esta manera se dan los primeros parámetros

---

<sup>349</sup> HERNANDEZ, HECTOR. Ob. Cit. P. 273.

<sup>350</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P. 766.

para ver cuando el mal que el necesitado es o no “sustancialmente” superior al mal que se pretende evitar.

Esta autora agrega que, “el mal causado es mayor cuando el bien que se preserva es de menor entidad que el efectivamente afectado, pero también lo es cuando son equivalentes por la real perturbación que supone. Incluso puede ser mayor cuando el bien salvado es superior si no hay una gran o considerable diferencia valorativa con el lesionado, según las demás valoraciones jurídico sociales que concurren. Entonces, el mal causado puede ser mayor aun cuando el bien salvado es superior si su preponderancia es menor o no considerable, pero la perturbación de un bien inferior difícilmente podrá calificarse como “sustancial”. Tampoco cabe entender como “sustancial” el mal mayor que representa la real afectación de un bien de igual entidad al salvado, a diferencia de la lesión de bienes superiores a los salvados, que quedaría fuera de esta exigente”.<sup>351</sup> Debemos por lo tanto, tomar en cuenta muchos factores para llegar a decir que un mal es o no “sustancialmente” superior, no basta con solo una valoración, sino que, además, influye el contexto en que ocurran los hechos.

En este requisito notamos como Vargas Pinto que las amplias expresiones utilizada en la redacción de este requisitos “implican no solo que puede ser igual o superior, aunque no sustancialmente, sino que puede ser menor. En este caso procederá la lógica justificante”.<sup>352</sup> Algo que ya advertimos y que nos hace afirmar que aquí hay una doble naturaleza.

Respecto al sacrificio, según Acosta Sánchez, este “puede consistir en una conducta positiva o en una abstención (omisión). Esto último es común en los conflictos de deberes jurídicos dejándose de cumplir uno para evitar el incumplimiento de otro, eso sí, siempre que no se den los presupuestos de la

---

<sup>351</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P. 770.

<sup>352</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. 153.

justificante contenida en el 10 N° 12 del Código Penal (omisión por causa legítima o insuperable) que priman sobre el estado de necesidad”.<sup>353</sup> Por lo que el “no salvar” también cuenta como un acto necesario.

Respecto al sacrificio de bienes vitales o circunstanciales de vida, Acosta Sánchez cree que “es posible afirmar un estado de necesidad exculpante siempre que se den los presupuestos del artículo 10 N° 11 del Código Penal: la gravedad del mal evitado, que el causado no sea sustancialmente superior, 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 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 estos agentes para obtener una confesión, ni aun para salvar vidas”.<sup>354</sup> No se puede usar como excusa para un abuso de poder, este estado de necesidad.

En este orden de ideas Cury afirma que “es importante enfatizar que aquí se trata de comparar la magnitud de los males que colisionan y no solamente la de los bienes jurídicos. Hay, en efecto, casos en los que uno de los bienes jurídicos en conflicto es en abstracto de más entidad que el otro, como ocurre por ejemplo si se extrae a una persona, sin su consentimiento, uno de sus riñones, para implantarlo a otra que a causa de una deficiencia renal corre peligro de muerte. En la situación descrita, en efecto, el bien jurídico que se salva (la vida del paciente con insuficiencia renal grave) es más valioso que el que se sacrifica (la integridad corporal de la persona a que se extrae el riñón). Pero sin embargo no cabría invocar un estado de necesidad justificante, porque en tal hipótesis no sólo se ha lesionado el último de los bienes jurídicos mencionados sino, además, se ha quebrantado la dignidad de la víctima de la extracción, cuyo intangibilidad en mi opinión consagra el artículo 1º inciso

---

<sup>353</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. 706.

<sup>354</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. 707.

primero de la Constitución Política de la República. Y lo mismo ocurre en el conocido ejemplo docente del individuo de posición acomodada, que estrena una chaqueta de ante, y al verse sorprendido por la lluvia le arrebatada un paraguas a otra persona para evitar que se le estropee”.<sup>355</sup> Todo tiene un límite, en este caso, es importante ver junto con el valor de los bienes en conflicto, los males que aquí se topan, donde hay un trabajo más exhaustivo que en el estado de necesidad justificante.

Para Castillo Lara, “lo que hay que tener en consideración es que no se exige preponderancia, no se exige tampoco equivalencia, el mal causado puede incluso ser superior al mal que se evita, lo importante es que no sea sustancialmente superior. Ahora bien qué es sustancial es algo que debiera quedar al criterio del intérprete, particularmente, del órgano adjudicador. Por ejemplo, en el caso que se quite la vida a alguien pues se vio la vida en peligro, lo relevante no será la ponderación de bienes jurídicos, lo relevante será la inminencia o actualidad del mal”.<sup>356</sup> Estamos frente a una tarea interpretativa compleja, sobre todo si el bien jurídico que se sacrificó es la vida.

Juan Domingo Acosta, como ya dijimos, opina que es este requisito el que le permite afirmar que esta causal es solamente exculpante, pues este numeral “comprende también cuando el mal provocado es menor al que se trata de conjurar, como en aquellos en que es igual o superior (pero no sustancialmente). No parece lógico restringir el estado de necesidad justificante al sacrificio de bienes patrimoniales (artículo 10 N° 7 Código Penal) y dejar fuera de su ámbito de aplicación o someter a las reglas del disculpante [o exculpante], los casos en que el mal causado -menor al que se trata de prevenir- recae sobre bienes no patrimoniales.”<sup>357</sup> Lo cual es sin duda aceptable, pues si el mal provocado es menor, es posible que sea justificado por el

---

<sup>355</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P.p. 4-5.

<sup>356</sup> CASTILLO LARA, ALEJANDRA. Ob. Cit. P. 15.

<sup>357</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P.p. 696- 697.



derecho más que “disculpado”. Lo anterior se suma a lo ya dicho por Cury, respecto a su intención de darle una doble naturaleza a esta causal.

Por otra parte Vargas Pinto opina que “si el mal causado fuera menor, podría producirse una confusión con la eximente del N° 7, como quien para salvar su vida afecta la intimidad honor o libertad de otro como única vía (no hay otro medio practicable y menos perjudicial), sin que haya debido soportar aquel riesgo vital. Al no ser un daño a la propiedad ajena, el N° 7 quedaría fuera de análisis. Si se verifican los elementos del N° 11, no sería totalmente adecuado entender que frente al conflicto expuesto existe un injusto, al preservar una situación jurídicamente tutelada jurídicamente con mayor intensidad (vida). Pareciera haber un mandato jurídico superior que se observa ya desde las valoraciones que realiza nuestra ley al momento de establecer las penas, que coincide con la lógica y fundamentos del N° 7. Incluso podría sostenerse la irrelevancia de esta eximente cuando el daño es la propiedad ajena, pues el N°11 no distingue la clase de mal”.<sup>358</sup> Al proceder la justificación de este “mandato superior”, es totalmente probable que también el N° 11 del artículo 10 del Código Penal pueda tener una función justificante.

Para Couso lo amplio de este requisito no deja claro la naturaleza de esta eximente pues “no distingue si es justificante o exculpante y que materialmente hay razones para considerar justificadas conductas que exceden de los límites del numeral 7°, no puede descartarse tratar a la eximente del numeral 11 como justificante cuando el mal causado es menor que el evitado, pero distinto de los que quedan abarcados en el numeral 7°), el tratamiento de los entornos del numeral 7° en buena medida pierde importancia práctica y exige un tratamiento unitario con los del numeral 11° (...). Por ejemplo, ¿tiene sentido seguir planteando la cuestión de los bienes sacrificables y de proporcionalidad en los mismos términos que hasta ahora si, aunque se lesionen bienes distintos de la

---

<sup>358</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P.p. 760-761.

propiedad y la inviolabilidad de la morada, e incluso si el mal causado es ligeramente superior al evitado, la exención de responsabilidad penal es perfectamente factible? (el primer caso, es argumentable, por estar justificada la conducta; mientras que el segundo, por falta de culpabilidad de su autor), es una pregunta que hace dudar del interés de un tratamiento separado de la eximente del art. 10 N° 7”.<sup>359</sup> Aparentemente, negar la doble naturaleza implicaría restringir mucho la amplitud de esta causal.

Para Mañalich, sin embargo “el estándar de proporcionalidad fijado por el nuevo N° 11, (que mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita) “tiende a coincidir con el estándar que es distintivo del régimen del estado de necesidad defensivo en tanto causa de justificación. Pero en contra esa misma interpretación habla decisivamente el hecho que el artículo 10 N° 11 no contenga ni sugiera en modo alguno la exigencia definitoria del de una situación de estado de necesidad defensivo, a saber: que el peligro para el bien jurídico salvaguardado tenga origen en la “esfera de la organización” del titular del bien jurídico menoscabado por la respectiva acción de salvaguarda”.<sup>360</sup> Habría aquí otra razón para descartar la posibilidad de considerar esta norma como una causal de justificación, por lo menos como estado de necesidad defensivo.

De sostener que en esta norma hay un estado de necesidad naturaleza justificante esta sería, según Mañalich, “un estado de necesidad justificante agresivo de alcance considerablemente más amplio que el establecido en el N° 7 del artículo 10. Y esto no solo resulta asistemático, sino que al mismo tiempo amenazaría con desdibujar los contornos de los deberes de tolerancia correlativos a los derechos de intervención sobre bienes jurídicos ajenos que resulta de la norma permisiva aplicable en situaciones de estado de necesidad agresivo, cuyo fundamento general está constituido por un principio de

---

<sup>359</sup> COUSO, JAIME. Ob. Cit. P. 235.

<sup>360</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 719.

solidaridad general (mínima)".<sup>361</sup> No habiendo límites claros, es complejo determinar hasta dónde llega este deber de tolerancia, sin embargo, como ya vimos, Cury explica las razones de una doble naturaleza en esta norma. Aparentemente, es un dilema que se irá resolviendo a medida que la norma se vaya aplicando.

Aún así para Castillo Lara, "la modificación que introduce la nueva ley es un estado de necesidad defensivo y que admite la defensa propia o de terceros. En el caso chileno quien es fuente de peligro, es quien es afectado en sus intereses por esa reacción defensiva; hay identidad entre la fuente generadora del mal que amenaza y quien es afectado por la repulsión de ese mal. Se trata entonces de un estado de necesidad defensivo y exculpante, así se señaló también en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia".<sup>362</sup> Por lo tanto, esta calidad de justificante se establece no en este requisito, sino antes, en el encabezado del numeral, al permitir la defensa propia a o a terceros.

Pero Mañalich, afirma que "sería un error, evaluar aisladamente las implicaciones del establecimiento de ese mismo estándar de proporcionalidad como posible presupuesto del estado de necesidad defensivo en tanto causa de justificación por un lado, y presupuesto del estado de necesidad en tanto causa de exculpación, por otro; esto es, sin considerar simultáneamente los demás presupuestos de una u otra eximente".<sup>363</sup> Las contradicciones que aparecen al analizar de esta manera, hacen para este autor imposible la doble naturaleza.

Este autor empieza diciendo que la proporcionalidad exigida aquí está "inmediatamente conectado con el fundamento de la correspondiente permisión, que se reconduce a un principio de autonomía (limitado por un principio de solidaridad general): dado que, a diferencia del estado de necesidad agresivo,

---

<sup>361</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 720.

<sup>362</sup> CASTILLO LARA, ALEJANDRA. Ob. Cit. P. 9.

<sup>363</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 731.

este estado de necesidad queda definido por la exigencia de que el peligro para el bien jurídico salvaguardado tenga su origen en la esfera de organización del titular del bien menoscabado, es adecuado que el estándar de proporcionalidad aplicable se obtenga a través de la inversión del estándar de proporcionalidad que cuenta como presupuesto de una causa de justificación por estado de necesidad agresivo. Pues de ello depende, que el juego recíproco de las causas de justificación correspondientes a las situaciones de estado de necesidad agresivo y estado de necesidad defensivo dé lugar a una fundamentación óptima de los deberes de tolerancia que las respectivas normas permisivas imponen para el titular del bien menoscabado por la correspondiente acción de salvaguarda, en cada caso”.<sup>364</sup> De esta manera, es posible justificar una acción por el estado de necesidad agresivo.

Por otra parte, este autor afirma que “tratándose de una eventual exculpación por estado de necesidad, el argumento a favor del estándar de proporcionalidad [establecido en este requisito] ha de ser susceptible de ser reconducido como el fundamento de un juicio de exculpación, que por definición no podrá ser coincidente con el fundamento de un juicio de justificación. Pues una causa de exculpación deja intacta la antijuricidad del hecho, incidiendo únicamente en la exclusión de su exculpación de su imputación a nivel de la constitución de la culpabilidad. Esto se traduce, entre otras cosas, en que la correspondiente acción de salvaguarda no pierde el carácter de una agresión antijurídica desde el punto de vista de la posibilidad de la legítima defensa favor del bien jurídico expuesto a ser sacrificado. Esto hace que no sea coincidente con el fundamento de una causal de justificación”.<sup>365</sup> Visto de esta manera sería inadecuado la doble naturaleza, sin embargo, dejar a un lado casos en que se daña un bien jurídico de menor importancia en favor de otro más importante que no está contemplado en el numeral 7° tampoco parece afortunado.

---

<sup>364</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P.p. 732-733.

<sup>365</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. *Ibíd.*

Hernández también cree con este requisito hay solo una naturaleza exculpante agrega que “desde la perspectiva ahora del reconocimiento de una causa de exculpación, que este tipo de fundamento, que de algún modo “objetiviza” lo que a partir de la valoración de las circunstancias extraordinarias se puede considerar una motivación anormal (aunque en el caso concreto no afecte emocionalmente al sujeto), sea compatible con la idea de inexigibilidad de otra conducta debería ser evidente para todos aquellos que ven hipótesis de inexigibilidad en el encubrimiento de parientes o en ciertas hipótesis de obediencia jerárquica, donde se opera del mismo modo. Es también, si se permite una referencia excepcional a la literatura extranjera, lo que se sostiene mayoritariamente en Alemania respecto del §35 que tuvo indudable influencia en el concepto que subyace al N° 11. Por esto, el nuevo N° 11 parece ser, en efecto, una fórmula de estado de necesidad exculpante. Las dudas subsistentes las genera la amplitud con que se reconoce el efecto eximente respecto a terceros”.<sup>366</sup> Para él, es solo un tema de amplitud, pero no de naturaleza de la causal, a medida que se vaya aplicando, se irán aclarando más los límites, pero el efecto siempre será eliminar la culpabilidad.

Acosta Sánchez al respecto agrega que, “se pueden sacrificar bienes individuales o comunitarios. Así, obra justificadamente quien conduce ebrio un vehículo para llevar a un herido grave a un hospital como única forma de salvarlo, y si el mal causado es igual o no sustancialmente superior al evitado, lo exculpa”.<sup>367</sup> Todo depende si hay o no diferentes jerarquías.

Más allá de esta discusión, es claro que este requisito requiere un límite, y es así como Santibáñez y Vargas Pinto afirman que, “aunque el mal causado sea superior el que no lo sea sustancialmente señala un límite para la comparación de males, adicional a la gravedad del mal que se amenaza. La

---

<sup>366</sup> HERNANDEZ, HECTOR. Ob. Cit. P. 271.

<sup>367</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P.p. 707.

ponderación de males que supone todo estado de necesidad debe hacerse conforme al objeto de las normas que entran en conflicto. Aquí resulta elemental, junto con el fundamento de la necesidad como único camino, tener presente la dignidad humana como criterio que impida utilizar como objeto al individuo y sus derechos fundamentales”.<sup>368</sup> El ser humano y su vida no son jamás una herramienta, y cualquier cosa que pase a llevar su dignidad deberá ser sancionado por el derecho.

Concluimos aquí, que es este el elemento que le da la naturaleza exculpante, al permitir que sacrifique un bien “no sustancialmente superior”, y ver que es imposible que el derecho justifique el sacrificio de un bien jurídico de igual o mayor entidad, solo queda eliminar la culpa pero no la ilicitud.

Sin embargo, aquí no se niega la posibilidad de sacrificar bienes de menor valor, pero cuyos sacrificios no están permitidos por el numeral 7° del artículo 10 del Código Penal, lo que nos lleva afirmar que, en aquellos casos, se aplica este numeral, pero como estado de necesidad justificante, tanto en su carácter agresivo como defensivo. Como fundamento a esto, está el hecho de que esta norma permite que terceros puedan actuar como salvadores, además de las declaraciones de Cury respecto a su intención de esta doble naturaleza.

Otros, como Hernández, niegan tal posibilidad y dicen que este estado de necesidad tiene una naturaleza única, que es un problema amplitud de esta eximente de responsabilidad que se irá resolviendo a medida que se vaya aplicando, pero que la intención única del legislador era darle solo este sentido a la norma.

---

<sup>368</sup> SANTIBAÑEZ TORRES, MARÍA ELENA Y VARGAS PINTO, TATIANA. “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)”. Revista Chilena de Derecho. 38 (1): 193-207. 2011. P. 201.

Para nosotros, sin embargo, más allá de tomar partido por alguna postura sobre la naturaleza del estado de necesidad aquí estudiada, nos basta con que no se niegue su clasificación como una causal de exculpación por inexigibilidad de otra conducta, lo demás será un tema que ya se resolverá en su momento y, sea cual sea la solución al conflicto, el límite siempre será la dignidad humana.

**5.2.4. 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**

Aunque su redacción es algo compleja lo que se quiere decir, como lo explica Vargas Pinto, es que “para que el mal causado no genere responsabilidad penal se requiere que no sea exigible para el agente soportar el mal amenazado o que no lo sea para el tercer amenazado. Apunta a la obligación del agente de cargar con el mal que se trata de evitar o de no intervenir si el tercero debe soportarlo”.<sup>369</sup> Aludiendo a que quien va a sufrir el daño, no realice profesión u oficio o no se encuentre en una posición (como estado de garante) que lo obligue a soportar tal mal.

Cury explicó la necesidad de este requisito diciendo que “la doctrina absolutamente dominante en nuestra literatura entendía que esta exigencia estaba implícita en el art. 10 N° 7 del Código Penal pero tal como ahora se la consagra tiene una extensión considerablemente más extendida que la que se le concedía incluso por quienes sosteníamos ese criterio”.<sup>370</sup> La amplitud de este numeral, hace necesario que este requisito se explicitara en la norma.

Como explica Vargas Pinto aquí “se alude a la exigibilidad, aunque respecto del mal que se quiere evitar y no del mal causado para tal fin. La mención, al

---

<sup>369</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. p. 188-189.

<sup>370</sup> CURY, URZUA. ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 15.

igual que el propósito declarado en la tramitación de la ley 20.480 de incluir un estado de necesidad distinto de que describe el N° 7, lleva a aceptar que se trata de la consagración de un estado de necesidad exculpante. Ello se refuerza cuando se mira el tercer requisito, que no exige que el mal causado sea menor que sea menor que el evitado para eximir de responsabilidad. Ya no habría una diferencia que permita al Derecho preferir la protección de un interés por otro (...). No aparece ya la preponderancia del interés protegido, como fundamento de la justificante.<sup>371</sup> Ambos requisitos se encargan de aclarar que hay una función exculpante por inexigibilidad de otra conducta en esta norma.

Hernández entiende el término “razonablemente exigible” como una “referencia exigibilidad a la exigibilidad de otra conducta, lo que, sin embargo, puede entenderse de dos maneras muy diferentes. A primera vista podría entenderse como un último espacio de apreciación judicial del caso concreto, no sujeto a mayores orientaciones normativas, algo así como una empatía del tribunal, con toda la consiguiente subjetivación. [Pero], si se considera especialmente las regulaciones comparadas que se tuvieron en cuenta en el génesis de la eximente, la fórmula es una referencia a factores objetivos que excluyen en general la exigibilidad de otra conducta y que, si bien no están explicitados, son susceptibles de descubrimiento por vía interpretativa. Entendida de este modo, la circunstancia 4<sup>a</sup> cumpliría en el derecho chileno la misma función restrictiva del estado de necesidad que, por ejemplo cumple en España la exigencia de que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto o que el necesitado no tenga por oficio o cargo la obligación de sacrificarse”.<sup>372</sup> De esta manera, queda a fuera un elemento subjetivo, como moralidad y la posibilidad de abogar por la “compasión” del juez.

---

<sup>371</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P. 754.

<sup>372</sup> HERNÁNDEZ, HECTOR. Ob. Cit. P. 274.



Cury explica que “tal como ocurre en el artículo 34 del Código penal suizo, y el 54 del italiano, la norma introducida en el artículo 10 N° 11 no incluye ejemplos de las situaciones en que debe apreciarse la exigencia de tolerancia, como sucede en el §35 del Código penal alemán. A fin de evitar equívocos, como el de suponer que la enumeración de ejemplos es, en cambio, taxativa, se ha preferido introducir la referencia amplia a que el sacrificio del bien amenazado por el mal pueda ser razonablemente exigido, abandonando a la doctrina y jurisprudencia la precisión de cuando ocurre así. Usualmente se incluyen aquí situaciones en las que el autor ha generado el peligro por culpa suya, si bien la doctrina nacional en este punto sólo excluye la posibilidad de obrar en estado de necesidad cuando el sujeto ha actuado de manera preordenada a la causación del daño, lo cual es considerablemente más restrictivo que lo que ocurre en el Derecho comparado; asimismo, se mencionan los casos en que la persona ha asumido voluntariamente una actividad que exige afrontar ciertos peligros (médico, enfermera, bombero, salvavidas, soldado, marino, policía, gendarme, etc.) En todo caso, de acuerdo con lo que es el punto de vista más difundido en la materia, debe entenderse que la obligación de sacrificio no puede extenderse a situaciones como los de la lesión o pérdida efectiva del bien jurídico sacrificado -especialmente si se trata de la vida, la integridad corporal o la libertad- sino tan sólo a un deber de afrontar el riesgo. Nadie en situaciones como las descritas está obligado a dejarse matar sin hacer nada por evitarlo, por la razón tantas veces reiterada de que el Derecho no se dirige a héroes o santos sino a hombres comunes. En los límites, recobra su vigencia el principio según el cual “a lo imposible nadie está obligado”<sup>373</sup>. Se entiende que la vaguedad de este requisito se debe a la necesidad de poder abarcar la mayor cantidad de casos posibles y no correr el riesgo de cometer alguna injusticia, algo que ocurriría se hubiera enumerado taxativamente cada

---

<sup>373</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 15.

hecho en que la norma es aplicable. Aun así, para Cury no es difícil interpretar que casos son los que en este punto estarían excluidos.

Hernández, por su parte, hubiera deseado que este requisito hubiera tenido una “formulación legal más nítida en este sentido, pero a la luz de los modelos disponibles, del estado de la discusión comparada [alemana, suiza, española e italiana] y del contrasentido que sería abrir la puerta a la subjetivación incontrolable en una eximente llamada a ser de objetivación de las motivaciones anormales, esta lectura debería imponerse. La exacta determinación de los factores objetivos que excluyen la aplicación de la eximente será por cierto, tarea de la doctrina y la jurisprudencia”.<sup>374</sup> Desde esta perspectiva se puede afirmar que, a pesar de lo complejo de la redacción, considerando aquellas legislaciones que hace tiempo ya comprenden esta eximente y además por un tema de poner límites a su aplicación, solo se consideraran factores objetivos, los cuales, deberán ser fijados a medida que se vaya aplicando.

La forma de interpretar este requisito sería, siguiendo a Vargas Pinto “en términos de deberes para excluir de la eximente supuestos en los que el necesitado (agente o tercero) está obligado a soportar el peligro que amenaza algunos de sus bienes jurídicos protegidos. La obligación puede venir de la ley o de la posición especial que ocupa, e incluso puede venir de la hipótesis en la que el necesitado crea intencionalmente la situación de riesgo que amenaza el bien que quiere preservar y los casos en que se constituye en garante del bien que se afecta”.<sup>375</sup> Entendiéndolo como el requisito que exige la necesidad de no haber obligación alguna de soportar el daño para que la norma sea aplicable.

Siguiendo esta idea Mañalich explica que esta exigencia debe ser entendida de la siguiente manera: “en la medida en que la posición jurídica (lato sensu) ocupada por una persona sea inherente a la de una carga de soportar, bajo

---

<sup>374</sup> HERNÁNDEZ, HECTOR. Ob. Cit. P 275.

<sup>375</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “¿Tiene la necesidad cara de hereje?”. Ob. Cit. P. 758.

determinados parámetros, una exposición al peligro, es correcto que la situación de peligro quede privada de su posible efecto exculpante, en caso de que el comportamiento del autor estuviese motivado por la salvaguarda de los bienes así puestos en peligro. Este será el caso, paradigmáticamente, tratándose de un funcionario público cuyo ámbito de competencia suponga tal exposición a determinadas fuentes de peligros para sus propios bienes; pero también lo será tratándose de cualquiera persona cuyo específico estatus jurídico (*latu sensu*) –ante todo por el desempeño de una determinada profesión o un determinado oficio- ordinariamente traiga aparejada una cierta medida de exposición a un peligro de menoscabo para sus propios bienes”.<sup>376</sup> El que tenga explícito este requisito ayuda bastante a delimitar la aplicación de la norma.

En consecuencia, como explica Vargas Pinto, aquí se “excluye de esta eximente la situación de que quien causa el mal es el mismo que origina el mal amenazado. Si el mismo agente del mal crea el peligro actual o inminente que se trata de evitar, debe cargar con las consecuencias del peligro que él crea o provoca y no procede la eximente. También quedan fuera los males cuya producción está autorizada por el Derecho, como la detención en caso de flagrancia o la privación de libertad como pena, no cabiendo resistencia o defensa alguna. Se contempla igualmente la situación de quienes por su profesión u oficio deben soportar riesgos, como la policía o los bomberos”.<sup>377</sup> Se deberá ser más estricto que en el caso del estado de necesidad justificante, al momento de analizar este deber, debido a la amplitud de bienes que aquí pueden ser sacrificados.

Agrega además esta autora que, “si el que causa el mal, o el tercero está obligado a cargar con el mal amenazado no procede la eximente por el mal causado, quedando fuera de lugar las hipótesis de agresores injustos que

---

<sup>376</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P.p. 736- 737.

<sup>377</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. Ob. Cit. P. 189.

deben soportar el mal o aquellos casos en los que el mal amenazado está legítimamente inferido, como las aprehensiones de funcionarios policiales en cumplimiento de su deber”.<sup>378</sup> Estos casos también ponen al “necesitado” en la obligación de soportar el deber.

Con este último requisito, los casos en que la aplicación de una eximente de responsabilidad era discutible, ahora sería más simple, como cuando el autor es coaccionado para que cometa un delito. Esta situación para Cury “debe incluirse siempre en este numeral, porque sólo de esa manera se pone a salvo la posibilidad del titular inocente del bien jurídico sacrificado de oponerse al ataque que ello implica en legítima defensa”.<sup>379</sup>

Acosta Sánchez aclara sobre este requisito que, “en todo caso, es la exigencia que “razonablemente” se puede hacer a una persona, lo que debe apreciarse ex ante y considerando las circunstancias objetivas del caso. Es un deber de tolerancia pero no sacrificio ciego”.<sup>380</sup> Se requiere un conocimiento previo de este deber de tolerancia.

Es necesario tener claro también que significa en este requisito la frase: “siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”. Para Acosta Sánchez, aquí se pone una “exigencia de conocimiento -real o potencial- de la obligación de tolerancia por parte del salvador, lo que es particularmente relevante en el auxilio necesario (caso en que debe recaer sobre la persona cuyos derechos se preservan)”.<sup>381</sup> No bastando la existencia de tal deber, sino que además es necesario que la persona que va a ocasionar tal daño, tenga conocimiento de tal deber del necesitado.

---

<sup>378</sup> VARGAS PINTO, TATIANA. “Manual de Derecho Penal práctico”. *Ibíd.*

<sup>379</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. *Ob. Cit.* P. 16.

<sup>380</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. *Ob. Cit.* P. 709.

<sup>381</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. *Ibíd.*

Para Hernández, esta última expresión “sugiere un deber de diligencia, de modo que no estaría exento de responsabilidad el que obra en favor de un tercero “debiendo saber” que a este le era exigible el sacrificio del bien. Debe entenderse que en este caso la eximente favorece exclusivamente al agente, no al amenazado por el mal a quien le es exigible el sacrificio para el evento que de algún modo intervenga en el hecho ilícito, por ejemplo, induciendo al agente a prestarle ayuda. En ciertos casos podría hablarse de autoría mediata; en otros, de una participación punible según el principio de accesoriedad media o limitada (art. 14 de CP.). Sin perjuicio, eso sí, de que al amenazado pueda favorecerlo otra eximente”.<sup>382</sup> Aquel que actúa para salvar, debe saber previo a actuar si existe o no un deber sobre el amenazado por el mal de soportar el daño.

Aquí Mañalich hace notar una particularidad de esta eximente, consistente en el hecho de que “la exclusión de la exculpación no solo es operativa cuando es el propio autor a quien corresponde la carga de soportar la exposición al peligro de los bienes jurídicos de cuya salvaguarda se trata, sino también cuando el titular de los bienes expuestos al peligro es una persona distinta al autor, correspondiendo al primero (y no al segundo) la carga de soportar la exposición al peligro en cuestión. En tales casos la regulación priva de efecto exculpante a la situación de peligro para los bienes cuya salvaguarda motive el comportamiento del autor, en la medida en que el hecho de que a su titular corresponda la carga de soportar el peligro esa exposición al peligro “estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa””.<sup>383</sup> Es decir, se debe tener claro que quien no debe tener el deber de soportar los daños, no es quien realiza la acción de salvamento, sino el titular de los bienes.

---

<sup>382</sup> HERNÁNDEZ, HECTOR. Ob. Cit. P. 275.

<sup>383</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 737.

Juan Domingo Acosta, con su postura que este numeral no es solo un estado de necesidad exculpante, opina que si bien la expresión “el sacrificio del mal amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido” podría aludir a una situación de inexigibilidad, es más bien una manera de “regular el nivel de tolerancia que pesa sobre quienes se encuentran en una determinada situación, tanto en el estado de necesidad justificante como exculpante, no necesariamente se refiere a una causa de inexigibilidad”.<sup>384</sup> La función sería solamente la de aclarar los límites de la tolerancia, más que recalcar la naturaleza exculpaste, sin embargo, no podemos negar de fundamentos para decir que esta función de eliminar la culpabilidad está presente en la norma.

Este requisito por lo tanto, hace explícita una limitación del deber de tolerancia que se consideraba tácitamente introducido en el estado de necesidad justificante del numeral 7°, pero, que por la amplitud del numeral en estudio, su redactor consideró necesario tenerlo por escrito.

Si bien la redacción es un poco ambigua, analizando aquellas legislaciones extranjeras que contenían hace tiempo ya está eximente, se entiende que lo que aquí se exige es que al momento de realizar el sacrificio, el titular del bien amenazado, no tenga el deber de soportar tal daño, pero si este no tenía conocimiento de tal deber en ese momento, la eximente igual es aplicable.

Vemos entonces que si el agente o el tercero amenazado, realiza una profesión u oficio (por ej. un bombero, policía o salvavidas), o se encuentra en un estatus jurídico que lo obliga a soportar el riesgo, como un estado de garante o haber sido él quien provocó el peligro, quedan, en principio, excluidos de este estado de necesidad. Sin embargo, como ya hemos sostenido, todo tiene una excepción y siempre estará primero la vida de uno, por lo tanto, este deber tiene un límite, no prohibiendo de manera absoluta que se exima de responsabilidad por esta norma a estas personas.

---

<sup>384</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. 697.

### **5.3. La “autoprovocación” en el estado de necesidad exculpante del 10 N° 11**

Habiendo analizado cada requisito queda un punto por aclarar, que es lo que ocurre en el caso de que el creador del peligro sea el titular del bien jurídico que ahora debe defender. Vimos por regla general que aquella situación no es fundamento de la exculpación, sin embargo, esta norma al ser una causal de inexigibilidad de otra conducta, se extiende más allá de la calificación de una mera negligencia, tema que ahora estamos preparados para abordar.

Es importante en este punto, ver el tema de la provocación del peligro y como el estado de necesidad se ve excluido por ello. Para Acosta Sánchez, si hay autoprovocación no aplica el numeral 11° pero además, “debe determinarse primero si el peligro es objetivamente imputable al sujeto y establecido aquello, se excluyen del estado de necesidad los riesgos que el sujeto se representó con dolo directo o eventual La solución es armónica con la exigencia de que el deber intensificado de tolerancia “estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”. Finalmente, el artículo 10 N° 11 supera los problemas del artículo 20.5 del Código Penal español en cuanto a que, el auxilio necesario, según la doctrina mayoritaria, quien no debe haber provocado la situación es el auxiliador y no el salvado”.<sup>385</sup> De esta manera, vemos que, siguiendo el último requisito y los principios propios del derecho Penal, quien origina un peligro no puede dañar bienes jurídicos de un tercero para salvarlos los suyos.

La revisión realizada de los requisitos nos lleva a afirmar, al igual que Mañalich, que este estado de necesidad “establece una regla de exclusión de imputación a nivel de la culpabilidad, cuyo criterio determinante está representado por el reconocimiento de los límites de la exigibilidad de la

---

<sup>385</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. 710.

motivación con arreglo a la norma”.<sup>386</sup> Es decir, lo importante aquí es hasta qué punto uno debe observar la norma.

Pero lo anterior, es el criterio base para la exclusión de la imputación llamada por Mañalich “ordinaria”, “cuyos presupuestos están constituidos por condiciones de cuya satisfacción depende tanto la posibilidad como la exigibilidad de que, en el momento relevante para su decisión de omitir o ejecutar la acción en cuestión, el destinatario prestase seguimiento a la norma. Lo cual deja intacta la cuestión de si cabría invocar un criterio de imputación “extraordinaria”, esto es: un criterio que haga posible la imputación a pesar de que, en el momento relevante para su decisión de omitir o ejecutar la acción en cuestión, el destinatario de la norma se hubiese encontrado en una situación en la cual no le fuese posible o exigible darle seguimiento. Y el criterio para semejante imputación extraordinaria tendría que consistir, en el que aquí interesa, en la propia responsabilidad del autor por la generación de la situación de peligro actual e inminente para los bienes jurídicos (propios o ajenos) cuya salvaguarda motivará su comportamiento posterior. Pues si el fundamento de la exculpación radica en que la falta de seguimiento de la norma, bajo las precisas circunstancias que constituyen la correspondiente situación de estado de necesidad, deja de ser indiciaria de un déficit reprochable de motivación a leal a derecho, es correcto que el reconocimiento de la exculpación decaiga en el caso de que el actuar precedente del autor sea causa de una despreocupación por el aseguramiento de las condiciones que permitan el esperado seguimiento a la norma”.<sup>387</sup> Entonces, es este criterio de exclusión de la imputación “extraordinaria”, lo que nos entrega el fundamento principal para decir que quien da origen a el peligro no puede salvarse a costa de otro.

---

<sup>386</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 738.

<sup>387</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ibíd.



Ahora, advierte Mañalich que esta imputación extraordinaria, “conducente al desconocimiento de una exculpación por estado de necesidad, se ve satisfecho siempre que el autor haya dado lugar –en el sentido de una infracción de una incumbencia- a la situación de peligro para los bienes jurídicos cuya salvaguarda motiva su comportamiento posterior, con independencia de que se trate de bienes jurídicos propios o de un tercero. El mismo criterio no se ve satisfecho, empero, en caso de que sea exclusivamente el titular de los bienes en peligro quien hubiese provocado la situación de estado de necesidad en la cual el autor actúa motivado por la salvaguarda de esos bienes (ajenos). Pues entonces no será posible reconocer la infracción de la incumbencia de parte del propio autor, por la cual este hubiese de quedar privando de la posibilidad de invocar la causa de exculpación como base de exclusión de la imputación”.<sup>388</sup> De esta manera, si es un tercero quien actúa para salvar los bienes de alguien que provocó el peligro, si cabe esta exculpante.

Es así que este autor concluye que se debe reconocer que el artículo 10 N° 11 del Código penal “no contiene una formulación explícita de la exigencia de que el autor no haya dado lugar a la situación de peligro en la cual posteriormente actúa motivado por la salvaguarda de los bienes jurídicos expuestos al mismo. Pero tampoco cabría descartar sin más que el mismo pudiera volverse operativo a través de la cláusula fijada en la circunstancia 4°, en el sentido de que, habiendo provocado la situación de estado de necesidad, el autor quede privado de invocar que el sacrificio de los bienes jurídicos puestos en peligro no le es “razonablemente exigido”. En caso de descartarse la viabilidad de esta decisión interpretativa, el problema quedaría redefinido en los términos de la pregunta (genérica) acerca de si, bajo la prohibición de analogía impuesta por el principio de legalidad, resulta admisible una interpretación restrictiva de las disposiciones que expresan las reglas de exclusión de

---

<sup>388</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 739.

imputación (ordinaria) que haga posible la operatividad de criterios de imputación extraordinaria en el sentido de modelo de la excepción”.<sup>389</sup> Así vemos que, el último requisito del artículo 10 N° 11 del Código Penal, no cierra totalmente las puertas a que una persona que provocó el peligro no pueda “defenderse de este”, ya que, puede que tal deber no le es razonablemente exigible.

Cuando una persona provoca su propio peligro, no tiene derecho a dañar bienes jurídicos de otros para salvar los suyos, es decir, si bien podrían caber otras causales de exculpación, no podría en específico aplicarse el estado de necesidad.

Sin embargo, esto es solo en principio, pues como vemos, tenemos por lo menos el caso de un tercero que actúa para salvarle los bienes a esta persona no sabiendo el deber de este de soportar el daño, y por otra parte está el límite que este debe le sea “razonablemente exigible”, hay un punto en que no se le puede pedir tal obligación, no porque una mujer no se cuidó al momento del tener relaciones debe soportar un embarazo que le es riesgoso para su vida.

#### **5.4. El “estado de necesidad exculpante” y las eximentes del artículo 10 n° 9 (Fuerza irresistible y miedo insuperable)**

Durante el estudio de la historia de la ley vimos que hubo un importante debate sobre la conveniencia de regular de manera explícita el estado de necesidad exculpante o de considerarlo incluido dentro de la causal de fuerza moral irresistible o de miedo insuperable. Finalmente y considerando las opiniones de Enrique Cury, se llegó a la conclusión de que la primera opción era lo más adecuado.

Ya mencionamos que la doctrina, antes de la existencia de esta norma, aplicaba en aquellos casos de estado de necesidad exculpante la norma

---

<sup>389</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 740.

contenida en el artículo 10 N° 9 que dice: “El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”. Sin embargo, muchas veces tal aplicación era un tanto forzada, pues, este estado de necesidad cubre casos que no tienen lugar en estas dos eximentes, como cuando se delinque por coacción.

Empecemos diciendo que entre la “fuerza irresistible” y el “miedo insuperable” es simple notar las diferencias, pues, como sus nombres nos los dicen, aquello que motiva al autor a actuar de manera ilícita es distinto en cada caso, pero, entre estas causales y el estado de necesidad exculpante, sobre todo cuando esta última es una novedad en la doctrina y jurisprudencia chilena, es algo más complejo y por eso a continuación veremos cuáles son los límites entre unas y otras.

Mañalich advierte que, la aceptación de que el artículo 10 N° 11 del CP contiene un estado de necesidad exculpante, el cual es una causal de inexigibilidad, conlleva una dificultad sistemática “en el contexto específico del conjunto de reglas de exclusión de responsabilidad contemplado por el artículo 10 del Código Penal chileno. Y la dificultad apunta a la eventual superposición que habría que estar dispuesto a reconocer entre la eximente consistente en el estado de necesidad exculpante, por una parte, y la eximente consistente en situaciones de “fuerza irresistible o miedo insuperable” (artículo 10 N° 9) por otra”.<sup>390</sup> Esto, por ser considerada esta norma, antes de la existencia del estado de necesidad exculpante, el equivalente funcional más próximo además que habrá casos que aparentemente podrían ser aplicadas ambas causales.

A lo anterior podemos afirmar, de la misma manera que Cury, que “por lo que se refiere a la “fuerza irresistible” del artículo 10 N° 9 primera parte del Código penal, en el cual la doctrina y la jurisprudencia solían asilar precisamente los casos de estado de necesidad exculpante, entendiendo que

---

<sup>390</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P. 741.

aludía a la “fuerza moral”, pienso que si bien su derogación *de lege lata* no es tan clara como en el caso del artículo 10 N° 7° valdría la pena proceder a ella *de lege ferenda*. En efecto, esa disposición se ha prestado hasta el presente a interpretaciones encontradas, pues prácticamente la unanimidad de la doctrina española la entendía referida a la fuerza física irresistible, como ocurría también con una parte respetable de la nacional. Por otra parte, quienes la interpretaban de esa manera reconocían que, así entendida, se trataba de una regulación inútil, pues en tal caso ella se refería a una situación que eliminaba la acción, mencionada por el artículo 1° del Código Penal como requisito básico del delito cuya ausencia, por lo tanto, tenía necesariamente que conducir a la exclusión de responsabilidad. Además, los casos a los que resultaba aplicable eran extremadamente raros y casi nunca llegaban a los tribunales de justicia. Todo ello condujo a que en 1995 se la eliminara del Código español. Creo que con la introducción explícita en la ley del estado de necesidad exculpante carecerá también de objeto conservarla en el nuestro”.<sup>391</sup> El tener esta norma más explícita, haría que se reduzca en gran medida la aplicación del 10 N° 9 por “fuerza irresistible”, y se podría llegar a la necesidad de derogarla para evitar complicaciones en la aplicación del 19 N° 11.

Respecto al miedo insuperable, para Cury esto es distinto, ya que, considerando que “la opinión dominante en España suele alojar en esa eximente los casos de estado de necesidad exculpante que no se incluirían en el artículo 20 N° 5° del Código penal de ese país, pero existen diferencias de pareceres sobre el criterio que debería emplearse para determinar cuándo concurre a resolver el caso una u otra de esas instituciones, sobre todo porque el supuesto de estado de necesidad exculpante que se alojaría en el artículo 20 N° 5° sólo se referiría a los casos de colisión entre bienes jurídicos de igual valor.”<sup>392</sup> Es más complejo, según el autor, distinguir cuando se aplica la

---

<sup>391</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P.p. 16-17.

<sup>392</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P. 17.

eximente de miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante, y un buen ejemplo de esto es lo que ocurre en la legislación española.

A pesar de lo anterior y como ya hicimos ver Cury afirmó que “no obstante los términos amplios en que se concibió el artículo 10 N° 11 del Código penal chileno, existen siempre algunos casos de no exigibilidad de otra conducta a los que será preciso exculpar ubicándolos en el “miedo insuperable”. Ello es así por lo siguiente: En el estado de necesidad del artículo 10 N° 11 no se exige que el autor se encuentre emocionalmente perturbado como lo requiere el N° 9, segunda parte de la misma disposición; él puede obrar con ánimo tranquilo, acaso –como se ha explicado más arriba- por pura solidaridad con el tercero en peligro o en una razonada comparación entre sus posibilidades de salvación y las de otro frente a una situación de riesgo inminente. En cambio, la excusante exige que se cumplan requisitos objetivos: así, el de que no se la pueda invocar si el mal que se causa es sustancialmente mayor que el que se evita, o si existe otro medio menos perjudicial para evitarlo, o cuando el autor tenga razonablemente que tolerar el riesgo. En todos esos casos, sin embargo, puede ocurrir que obre perturbado por un miedo insuperable provocado por el mal que lo amenaza y entonces la eximente tendría una base psicológica que no necesita estar presente en el estado de necesidad y que permite en cambio invocar la del artículo 10 N° 9 segunda parte. Piénsese, por ejemplo, en el que aterrado frente a la amenaza de ser objeto de una paliza por dos antagonistas de fuerzas muy superiores a las suyas, no advierte siquiera que tiene una posibilidad de fuga relativamente expedita y dispara mortalmente sobre al atacante más próximo, no obstante que la agresión no se ha todavía actualizado ni es inminente en el sentido del artículo 10 N° 4 del Código penal. Para todos los casos de esta índole que pueden imaginarse la excusante de miedo insuperable sigue siendo indispensable y, por consiguiente, creo que se la debe conservar en la ley ya que se refiere a situaciones no comprendidas por

el estado de necesidad”.<sup>393</sup> La gran diferencia, como ya se había mencionado, es el hecho que en el estado de necesidad exculpante no se requiere que en ese momento haya una perturbación psicológica, pudiendo actuar fríamente para salvar sus bienes.

Raúl Carnevali, también opina así, declarando en el Informe de la Comisión de Familia realizado para la tramitación de la Ley 20.480 que uno de los motivos de la creación de este numeral fue que “la mujer parricida, víctima de violencia permanente de aquel que mató, podía ampararse en el numeral 9 del artículo 10 del Código Penal, que eximía de responsabilidad criminal al que obraba violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable, pero los tribunales nacionales eran reacios a aplicar dicha circunstancia eximente, considerándola solamente como una atenuante calificada, en algunos casos. (...) Por lo mismo, estimó como un avance del proyecto en cuestión el que se considerara esta situación de la mujer que ha sufrido reiterados malos tratos por parte de la víctima como una circunstancia eximente de responsabilidad criminal, ya que contribuía a otorgar un mayor espacio a la interpretación y a la actuación de los tribunales en la consideración de estas situaciones de agresión, que muchas veces motivaban los parricidios cometidos por mujeres”.<sup>394</sup> De esta manera, el exigir una perturbación psicológica en el momento de realizar tales hechos no estaría obedeciendo los objetivos con los que se creó esta norma.

Y por todo lo anterior es que Acosta Sánchez sostuvo que “en los casos de estado de necesidad exculpante, y dado que el artículo 10 N° 11 ha explicitado sus requisitos en términos relativamente objetivos, no se requiere que el sujeto se encuentre en una situación de conmoción anímica por cuya causa no le sea exigible una conducta distinta. Pero puede suceder que ejecute la acción

---

<sup>393</sup> CURY URZUA, ENRIQUE. “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”. Ob. Cit. P.p. 17-18.

<sup>394</sup> CHILE. “Historia de ley 20.480”. Ob. Cit. P. 71.

salvadora en un estado de perturbación psíquica propio de la fuerza moral irresistible o del miedo insuperable (incluso hay quienes sostienen que el miedo insuperable es un estado de necesidad disculpante). Tales casos deben exculparse con arreglo al artículo 10 N° 9, excluyéndose del estado de necesidad exculpante, pues la fuerza moral irresistible y el miedo insuperable no están condicionadas a otro requisito que la demostración de que el sujeto obró en el estado de conmoción anímica propio de la inexibilidad, y no es razonable requerir, además, la demostración de la gravedad del mal amenazado, la subsidiaridad etc.”.<sup>395</sup> El punto diferenciador entre estas causales de exculpación serán, por lo tanto, el sí estuvo o no presente una conmoción anímica al momentos de actuar. Sin duda, que es difícil que en situaciones tan extremas, que son abarcadas por estas normas, no esté presente esta perturbación, aunque sea en un pequeño grado, sin embargo, no podemos negar que hay casos que el acto es meditado y analizado, no siendo aplicable ahí, el artículo 10 N° 9, por ejemplo, el aborto terapéutico.

Para Mañalich, la dificultad de diferenciar estas dos eximentes “se deja disipar una vez que se advierte que, más allá de que resulte evidente la existencia de un ámbito de intersección de una y otra regla, la superposición no alcanza a ser total. Así una exculpación por fuerza (psíquica) irresistible o miedo insuperable podrá venir en consideración aún en caso de que no exista una situación (objetiva) de peligro actual o inminente para determinados bienes jurídicos, así como en casos de que no satisfaga el estándar de proporcionalidad exigido por el artículo 10 N° 11; mientras que la exculpación por estado de necesidad, en los términos de la última disposición, podría venir en considerarse con total prescindencia de que no exista un ejercicio de coacción (intimidatoria) ajena y que el destinatario de la norma tampoco se encuentre atemorizado ante las circunstancias que constituyen la respectiva

---

<sup>395</sup> ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. Ob. Cit. P. 698.

situación de peligro”.<sup>396</sup> Hay entonces un punto de bifurcación entre ambas normas, concretándose lo que pretendía el legislador cuando creó el numeral 11, una causal de exculpación más amplia que la del 10 N° 9.

De todas maneras, advierte Mañalich que la existencia de un ámbito de superposición parcial “trae consigo una externalidad positiva, a modo de efecto reflejo: la posibilidad de una exoneración de responsabilidad en caso de que el destinatario de la norma se represente (erróneamente) una situación de peligro inexistente quedaría, bajo el derecho chileno vigente, circunscrita al eventual reconocimiento de una situación de fuerza irresistible o miedo insuperable, en la medida que se vieran satisfecho sus respectivos presupuestos”.<sup>397</sup> El actuar del titular según el 10 N° 11, bajo la errónea certeza de que hay un peligro que amenaza sus bienes jurídicos, puede quedar impune por el 10 N° 9.

Según Hernández, por mucho que se aplicara el art. 10 N° 9 cubrir los casos que corresponderían al numeral en estudio, “no es evidente que este pueda alcanzar todas la hipótesis del estado de necesidad exculpante, concretamente, que abarque también situaciones extraordinarias en que, sin embargo, no se aprecie una “grave conmoción anímica” en el agente. De ahí que la nueva eximente a pesar de que pueda representar, por los requisitos que impone, una restricción de los alcances de una figura que hasta ahora no la tenía, en los hechos probablemente sea el acta de nacimiento de un genuino estado de necesidad exculpante, fundado exclusivamente en el carácter extraordinario de la situación y no en el real impacto emocional de la misma en el sujeto, lo que se hace tanto más patente cuando se aprecia que la eximente favorece también a terceros que no necesitan tener ningún vínculo especial con la persona sobre la que se cierne el mal. En la medida, además, en que se ha mantenido inalterada el n°9, no se aprecia una posible “pérdida” de aplicación, de la misma

---

<sup>396</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. Cit. P.p. 741- 742.

<sup>397</sup> MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. Ob. . Cit. 742



en su dominio indiscutida, que es el de la grave conmoción psicológica del sujeto”.<sup>398</sup> De esta manera, ya distinguidos los puntos de diferenciación de ambas eximentes, no creemos necesario eliminar el numeral 9° como opinaba en un principio Cury.

Es muy probable que a medida que se vaya aplicando este numeral, nos encontremos con el conflicto de un hecho pertenece al numeral 9 u 11 del artículo 10 del Código Penal. Tanto así que su redactor Cury propone derogarlo.

Sin embargo, lo anterior queda resuelto al comprender que el numeral en estudio no exige para su aplicación una perturbación mental presente en el momento de que el necesitado actúa. Esto además es acorde al fundamento del porque se creó esta norma, pues, se pone en el caso de una mujer que constantemente maltratada, por miedo a morir o a sufrir un gran daño físico, decide, sin estar presente en ese momento un miedo insuperable o fuerza irresistible, solo la certeza de un peligro, matarlo o dañarlo seriamente. Solo así solo así se puede considerar una real protección la mujer u hombre víctima de violencia intrafamiliar.

Estas normas así vistas más que contradictorias son complementarias, pues una cubre una inexigibilidad de otra conducta que la otra no puede abarcar.

---

<sup>398</sup> HERNÁNDEZ, HECTOR. Ob. Cit. P 270.

## **CAPÍTULO VI: ALCANCE DEL ARTÍCULO 10 N° 11 EN EL ABORTO TERAPÉUTICO**

En este último capítulo veremos si esta nueva eximente de responsabilidad tiene tal alcance que pueda dejar impune casos tan complejos, como el del aborto, y de ser así, en qué contexto.

Ya hemos visto durante el desarrollo de esta memoria que ciertos autores plantean como ejemplo de casos cubiertos por esta norma el aborto, pero también hemos notado que es una afirmación algo aventurada, pues hay varios factores, tanto morales, como legales que no nos permite de buenas a primeras afirmar que un aborto puede quedar impune. Como fundamentos legales para prohibir el aborto podemos nombrar nuestra constitución, que obliga a proteger la vida de el que está por nacer; y el artículo 119 del Código Sanitario que prohíbe a los médicos la práctica del aborto sin excepción, y por último el Código Penal, que pena el aborto al parecer sin importar la motivación o contexto que llevó a la madre o a un tercero a provocarlo.

En este punto de nuestro estudio, más que explicar en qué consiste el delito de aborto, analizaremos los diversos modos en que el derecho ha visto que tal delito no debe ser penado (como el aborto terapéutico) y cómo la doctrina en Chile, a falta de una norma expresa que considere tales motivos y una prohibición aparentemente absoluta del aborto, ha visto modos de interpretar la Constitución, el Código Sanitario y el Código Penal ( como su artículo 10 y su numeral 11) de manera que este hecho tenga excepciones de punibilidad. Lo

anterior exige hacer un breve repaso de los principales fundamentos que se han utilizado para explicar el por qué se debe o no, permitir el aborto.

De esta manera, analizaremos los siguientes puntos: a) cuáles son los sistemas que existen en el derecho para dejar impune el delito de aborto; b) si nuestra legislación, en especial la Constitución, permitiría una prohibición total del aborto o puede haber circunstancias en que sí puede quedar exento de responsabilidad penal; c) los principales fundamentos de la doctrina chilena en favor y en contra de permitir el aborto; d) a qué clase de eximente pertenecería un aborto permitido (justificante o exculpante); y, finalmente e) si a falta de una legislación expresa sobre el aborto terapéutico, que es considerado el caso donde es más obvio un conflicto de intereses relevantes (la vida o salud de la madre o la del que está por nacer), tiene o no cabida en el estado de necesidad consagrada en el 10 N° 11.

### **6.1. Sistemas de exención de responsabilidad del delito de aborto**

En esta parte del trabajo veremos que en el derecho nos encontramos con dos sistemas: el de plazo y el de indicaciones. El primero, consiste en que más allá de las circunstancias que motiven a provocar un aborto, el Derecho, ya sea por política criminal u otro motivo, permite realizarlo libremente hasta cierto tiempo de gestación, lo cual hace bastante simple el proceso de aplicación de condena del delito. El segundo, al contrario, implica un análisis del contexto en que el derecho solo bajo ciertas circunstancias y cumpliendo ciertos requisitos exime de responsabilidad penal al autor del aborto y a la madre. Es decir, solo bajo ciertas “indicaciones” no es penado este hecho.

Es en este segundo sistema se encuentra el Aborto Terapéutico, permitido bajo la indicación terapéutica, que será analizado con posterioridad en este estudio, además de esta indicación, se encuentran otras indicaciones, que serían, la eugenésica, la ético-moral y la socioeconómica.

Sostendremos, con posterioridad, al igual que Bustos, ambos sistemas tiene como fundamento principal que “las protecciones en el derecho penal no son absolutas, y tienen que reconocer existencia de conflictos, que en este caso son sumamente agudos”.<sup>399</sup> Deberemos partir de la base que toda protección en el Derecho Penal debe tener su excepción.

Bustos fundamentó lo anterior explicando que desde una perspectiva político-criminal y criminológica, hay que reconocer que la prohibición absoluta del aborto provoca un conflicto de consecuencias más graves y dañinas, en este caso, “las disposiciones sobre el delito del aborto aparece como puramente ideológicas. Por otra parte, [la] gran cifra de abortos clandestinos no perseguidos lleva a la configuración de una gran red de gestión no médica que siempre produce graves consecuencias sobre la salud y vida de la madre”.<sup>400</sup> En otras palabras, hay una realidad que hay que afrontar y es que una mujer no siempre va a poder o querer tener un hijo, y frente a los riesgos que puede afrontar al ser ilegal el aborto, es mejor que se contemple una regulación en la ley.

Bascañán ve la aplicación de estos sistemas basándose en el principio de autonomía, “en su significación como correlato de la igual dignidad de la persona, prohíbe la utilización de un ser humano como medio para la realización de los fines de otro ser humano. Este principio pretende la condición de constreñimiento deontológico, es decir, pretende desempeñar el rol de límite normativo a cualquier ponderación de intereses. Hasta dónde esa pretensión sea válida, eso es algo controvertido. Sin embargo, a partir de un cierto margen de afectación de la incolumidad corporal dicho principio opera como un estándar categórico. La prohibición de las penas crueles, inhumanas y degradantes, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud, la

---

<sup>399</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. 2° ed. Aum., corr. y puesta al día. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A. 1991. P. 44

<sup>400</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. *Ibíd.*

prohibición de la experimentación médica o el tratamiento terapéutico no consentido, e incluso la prohibición de la transferencia de órganos a título oneroso, son excepciones de este principio de su operatividad como imperativo categórico. Por este mismo principio, nadie está obligado a tolerar instrucciones de consideración en su cuerpo”.<sup>401</sup> Vemos que dentro de esta libertad de la madre, también está la dignidad de la persona e igualdad de carga. En este caso la dignidad de la mujer de no ser obligada a soportar un embarazo.

De todas formas, sin importar el sistema elegido por el orden jurídico, Bustos dice que “hay que admitir la preponderancia de la posición de la mujer en dicho conflicto, tanto porque ella es una persona, como porque la vida del embrión o feto está dependiendo de su vida; ello lleva a tener en cuenta como bien jurídico preponderante a la libertad de la madre”.<sup>402</sup> Cualquiera sea el modo en que la ley abarque el aborto, el bien jurídico que se debe tener presente es la libertad de la madre. Nadie puede obligarla a soportar un embarazo complejo que ponga el riesgo, su salud y su vida, una prohibición total estaría en contra de esta libertad.

Las razones de aceptar el aborto, por lo tanto se basan en que el derecho comprende que no hay prohibiciones absolutas, y que nadie puede obligar a sacrificar la vida la de otro, libertad que le debe ser otorgada a la mujer cuando su vida corre riesgo por el embarazo.

### **6.1.1. Sistema de plazo**

El sistema de plazo, explica Bustos “señala que la madre puede abortar libremente hasta los tres meses (se fija este término, porque en el periodo posterior el embrión pasa a ser feto, lo que implica que para practicar correctamente el aborto sea necesario provocar el parto, lo que puede tener

---

<sup>401</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Revista Derecho y Humanidades.(10): 143-181. 2004. 174.

<sup>402</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. *Ibíd.*

consecuencias sobre la salud y la vida de la madre). Con posterioridad a este plazo la madre sólo puede abortar en el caso que se dé una indicación precisa”.<sup>403</sup> Lo importante aquí es que no se requiere ningún motivo especial durante tal plazo para realizar un aborto.

La libertad de la madre para Bustos tiene “una predominancia sobre la vida del embrión solo hasta los tres meses, con lo cual se considera en sus justos términos un sopesamiento de ambos bienes jurídicos (ciertamente superior la libertad de la madre) y se resuelve adecuadamente el problema real del aborto. Con posterioridad se considera que la libertad de la madre no es suficiente tanto porque ya se trata de un feto como por el hecho de que entra en peligro la vida y salud de la madre; por eso es necesario una indicación precisa, un nuevo interés que, añadido a la libertad de la madre, implique que el mal que se provoca sea menor que el que se trata de evitar”.<sup>404</sup> Quedando claro que esta libertad tiene el límite de la salud propia de la madre (al ser más riesgoso un aborto después de los 3 meses) y la mayor viabilidad del que está por nacer (pues cada vez es más probable que el feto llegue al nacer).

Para Antonio Bascuñán, aquí hay dos interrogantes: primero “si el plazo puede configurar una autentica autorización, o si solo puede configurar un supuesto de impunidad, restando el carácter de “acción jurídicamente prohibida” del aborto consentido practicado dentro de plazo (...). En segundo lugar, cabe preguntarse si la solución del plazo, aun sin consejo forzoso, no pueda ser defendida como una solución legítima ante la Constitución, es decir, como una solución admisible (o incluso exigible) del conflicto de intereses constitucionales que corresponde a la situación de embarazo no deseado por la mujer”.<sup>405</sup>

---

<sup>403</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. Ob. Cit. P. 45.

<sup>404</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. Ibíd.

<sup>405</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 179.

Interrogantes importantes de considerar, pero que se salen de la línea de este trabajo.

Nos quedaremos con la idea que en este sistema el bien principal es la libertad de la mujer, quien hasta los 3 meses de embarazo podrá sin traba alguna decidir si continua o no con este. Luego al ver la viabilidad del feto empieza a sopesar y la libertad de la madre empieza a igualarse a la del que está por nacer, no pudiendo abortar si no por una indicación o con otros intereses jurídicos en juego.

### **6.1.2. Sistema de indicaciones**

En la fórmula de las indicaciones, como lo explicó Bustos, consiste en que “sólo cuando la voluntad de la madre va acompañada de circunstancias muy específicas se la puede considerar como preponderante, ella no basta por sí sola nunca. Tal sería el caso de la indicación terapéutica (vida y salud de la madre), de la eugenésica (malformación grave del feto), ética (violación de la madre) y social (grave situación económica)”.<sup>406</sup> En general son estas las situaciones hacen que la sociedad pueda permitir un aborto

Sin embargo, para Bustos, este no es el sistema más adecuado, el afirmó que el “problema reside en que no se soluciona con ello el problema real del aborto, sino que se entra simplemente a considerar situaciones extremas que no deberían ofrecer nunca duda desde la perspectiva del estado de necesidad. La no consideración de la libertad de la madre y, por otra parte, pasar por alto la realidad criminológica del aborto, hacen inaceptable la solución de las indicaciones”.<sup>407</sup> Sólo dan una solución “parche”, que no respetaría el que es para él el bien jurídico que protegería la aceptación del aborto. Ahondar en esta

---

<sup>406</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. Ob. Cit. P. 44.

<sup>407</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. Ibid.

crítica no corresponde a los objetivos de este trabajo, pero tenerla presente es necesario, pues no deja de tener sentido.

Para Bacigalupo hay tres supuestos de aborto que no son punibles (aborto terapéutico, aborto criminológico o ético-social y aborto eugenésico). Para él aquí nos encontramos en “colisiones de intereses que no difieren esencialmente de su valor. En efecto, inclusive en el caso de la colisión de la vida de la madre con la del niño concebido la diferencia no es esencial, toda vez que se trata de vidas humanas sólo diferenciadas porque una es posterior al nacimiento y la otra es previa a este. Es evidente que el nacimiento no modifica esencialmente el valor de la vida humana y que, por lo tanto, no es posible considerar aplicable a estos casos el estado de necesidad justificante. Los otros dos supuestos de no punibilidad (aborto criminológico, el que realiza sobre un embarazo proveniente de una violación, el aborto eugenésico, por malformación del embrión o feto y [agregamos nosotros el aborto por razones socioeconómica, por vivir la madre en una situación precaria]) tampoco pueden ser explicados por criterios del estado de necesidad por colisión de bienes de igual jerarquía, toda vez que la vida humana sacrificada en todos los casos tiene una jerarquía superior a los otros bienes protegidos y la renuncia a la punibilidad se fundamenta en los límites de la exigibilidad individual que cabe frente a una mujer que ha sido violada o debe sacrificar de manera decisiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad”.<sup>408</sup> Siguiendo esta idea podemos sostener que la clasificación de la eximente que deja impune un aborto es compleja pero podemos afirmar que se basa en un conflicto de intereses, lo que nos lleva a una especie de estado de necesidad.

A lo que respecta a nuestra legislación, Hermosilla sostiene que “el sistema de indicación se acomoda a las disposiciones de la Constitución vigente en nuestro país. Es más discutible si ocurre lo mismo con un sistema de plazo, que

---

<sup>408</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. Cit. P. 405.



autorice a la madre a terminar el embarazo con la muerte del feto dentro de cierto plazo (normalmente alrededor de las 12 semanas de embarazo) y cumpliendo con algunos otros requisitos menores. Me inclino por pensar que también podría optarse por un sistema como este sin modificar la Constitución, quedando vedados solo los sistemas de autorizaciones generales a la madre para abortar en cualquier tiempo y forma”.<sup>409</sup> Un sistema a plazo sería según su modo de ver, inconstitucional.

Este sistema es, por lo tanto, más complejo y estricto, al considerar casuales y circunstancias específicas para que el aborto quede impune, lo que da lugar a un motón de cuestionamientos sobre los fundamentos y aplicación de cada indicación. Pero creemos que para un país como el nuestro, que no contiene norma expresa al respecto, es un sistema para dar los primeros pasos, pero al igual que Bustos, creemos que no ataca el fondo del conflicto y no respeta por completo la libertad y autonomía de la madre.

#### **6.1.2.1. Indicación terapéutica**

Para explicar esta indicación Alex Van Weezel, sostiene en primer lugar que el sustantivo “aborto” tiene “dos significados muy distintos: primero, en la medicina, es la muerte incluso espontánea de la criatura en gestación y, por lo tanto, sin connotación valorativa. En cambio, en el derecho chileno el aborto es un delito que consiste en dar muerte a la criatura. Aunque tienen en común la muerte del que está por nacer, el significado es muy distinto”.<sup>410</sup> El aborto, por lo tanto, es la muerte del embrión o feto, y que en el caso del derecho penal es además un delito, si este es provocado.

A lo anterior Van Weezel agrega que cuando se acompaña con el adjetivo “terapéutico”, “las diferencias anteriores tienden a pasar desapercibidas, y ese

---

<sup>409</sup> HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. “Contrapunto: El aborto Terapéutico”. *Revista Chilena de Derecho*. 36. (1): 205-208. 2009. P. 207.

<sup>410</sup> HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. Ob. Cit. P. 205.

es el problema. La idea de “terapia” implica un procedimiento voluntariamente emprendido para obtener un fin curativo, de modo que en este caso se trataría de realizar un tratamiento curativo que provoca la muerte de la criatura. Luego, la expresión “aborto terapéutico” alude a dos realidades cuyo significado es totalmente diferente: Por un lado, puede significar “matar a la criatura como medio para lograr un buen fin (curativo), pero también puede significar “realizar un procedimiento donde la muerte de la criatura no es el medio para curar, pero puede sobrevenir como consecuencia no deseada”. En el primer caso, la decisión depende de una ponderación entre los bienes que se salvan y los que se sacrifican, como la que se hace a propósito de la causa de justificación llamada “estado de necesidad”. En el segundo caso, no hay ponderación alguna entre bienes, pues no se sacrifica uno como medio para salvar al otro, y por eso es que para realizar el procedimiento basta con que exista una razón suficiente. Un ejemplo de esto último es la administración de analgésicos a un enfermo terminal, aunque estas sustancias puedan tener también el efecto de acortar un poco la vida del paciente”.<sup>411</sup> El aborto terapéutico, como vemos, puede además resultar ser una consecuencia de otra “terapia” que conlleva el riesgo de la vida del feto.

El aborto terapéutico, por lo tanto, y como lo explicó Cuello Calón se basa en una indicación médica que “consiste en la interrupción artificial del embarazo o en la provocación prematura del parto con el fin de salvar a la mujer embarazada. También se comprende aquí la destrucción del feto en el momento próximo al nacimiento, realizada con el mismo fin”<sup>412</sup> Lo importante aquí es que no hay un plazo para realizarlo, el feto puede estar pronto a nacer, pero si la vida de la madre corre peligro, el aborto, a pesar de lo avanzado del embarazo, debe ser aceptado.

---

<sup>411</sup> HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. *Ibíd.*

<sup>412</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. “Cuestiones penales relativas al aborto (¿punibilidad del aborto o derecho a abortar? Aborto honoris causa, aborto terapéutico, o aborto en caso de violación). Barcelona, España. Boch librería. 1931. P. 88.

Cuello Calón, siguiendo con esta idea, afirmó que “en tales casos existe un verdadero estado de necesidad, un conflicto de bienes de valor desigual; el bien de mayor importancia la vida de la madre, fruto, ya logrado, ser con vida consciente y cuya vida tiene honda eficacia sobre otras vidas, y el de menor importancia, la vida de feto, vida inconsistente, puramente fisiológica, vida que no se aproxima a un ser humano propiamente dicho, sino a una esperanza de él. La solución jurídica de este conflicto es el sacrificio del bien menor”.<sup>413</sup> Esto último es discutible, pues no creemos que haya una vida de menor valor que otra, y por lo tanto, no puede hablarse de una justificación, pero afirmamos que de haber una eximente aplicable a esta situación sería un estado de necesidad.

Este autor sostuvo que el motivo de esta indicación es que “durante el embarazo, ya a causa del estado de salud de la mujer o de una enfermedad intercurrente, un grave peligro para la salud o la vida de la preñada, y puede también suceder que una enfermedad anterior a la preñez se agrave considerablemente durante su curso. Ante tal situación, los médicos deben examinar cuidadosa y concienzudamente, si es aconsejable para la protección de la salud o de la vida de la embarazada proceder a la interrupción artificial de la preñez o al aceleramiento del parto”.<sup>414</sup> Al ver el peligro que corre la madre, los médicos deben decidir si es necesario sacrificar la vida del feto por la de madre, eso sí, debe ser una decisión estudiada y muy analizada.

Bustos, Grisolia y Politoff, le dan un alcance mayor, esto al ver que en la doctrina extranjera está permitido el aborto “si este constituye el único medio para evitar un serio y directo peligro para la vida o salud para la mujer embarazada, con inclusión de perturbaciones psíquicas graves con peligro de suicidio, como también la posibilidad de una permanente disminución de la

---

<sup>413</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P. 89.

<sup>414</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P.p. 88-89.

capacidad de trabajo”.<sup>415</sup> No solo puede ser una enfermedad física, sino también una enfermedad mental, o incluso un tema de afección a la calidad de vida. Tal afirmación es un poco extrema y demasiado amplia, sin embargo no hay que descartar que aquellos conflictos puedan terminar afectando a la salud y pongan en riesgo la vida de la madre.

Para Juan Bustos, siendo esta indicación el caso más preclaro de estado de necesidad, “requiere la existencia de un peligro grave, esto es, que quede claramente determinado que es mayor el mal que se trata de evitar que aquel que se provoca (la muerte del feto o del embrión). Este peligro ha de estar referido a la salud de la madre, la cual hay que entenderla en el sentido de salud en el C.P., esto es, conforme a la definición de la O.M.S. (...) La salud puede ser tanto física como psíquica (lo que abona la tesis del concepto amplio de salud), por lo cual ha de considerarse cualquier efecto grave sobre la psiquis de la madre (intensas depresiones, tendencia al suicidio, etc). Se ratifica el carácter estricto de tratamiento médico en estado de necesidad en la frase final de esta circunstancia, ya que en caso de urgencia se puede prescindir del consentimiento expreso (por ejemplo, inconciencia de la madre), es decir, se presume el consentimiento en virtud de la diferencia de males”.<sup>416</sup> Tesis algo aventurada para nosotros, pues somos reiterativos en que es difícil no poner en un mismo nivel ambas vidas y por lo tanto afirmar que es una justificante. Por otra parte, el concepto de “Salud” que toma el autor nos parece adecuado, ya que no solo lo físico debe ser considerado a la hora de evaluar el riesgo de la madre o del que está por nacer sino también la psicológica.

Como vemos, está el tema del consentimiento, ya sea de la madre el padre o del que diga la ley, a lo que Cuello opina, muy parecido a Bustos que, si bien “la ausencia de consentimiento es capaz de originar abusos, el consentimiento

---

<sup>415</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. Ob. Cit. P. 166.

<sup>416</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. Ob. Cit. P. 51.

podría causar aún mayores. Además, en muchos casos no es posible obtener este por no hallarse la mujer en estado de otorgarlo ( si está privada de sentido, si es alienación o débil de mente, etc.), a veces se perdería un tiempo precioso en espera de poder obtenerlo o de hallar las personas que en representación de la embarazada habrían de otorgarlo; pero sobre todo, ha de considerarse que la solución justa y social del estado de necesidad planeado en estos casos, solución que impone el sacrificio del bien menor para la salvación del mayor, no puede quedar al arbitrio de la mujer o la representante”.<sup>417</sup> Para el, que considera que la vida de la madre es el bien jurídico superior, tal requisito es innecesario y perjudicial.

Bullemore y MacKinnon al estar en Chile el aborto terapéutico eliminado del art. 119 del Código Sanitario y previo al Artículo 10 N° 11 del C.P., sostuvieron que estaba “la posibilidad de que puede someterse al facultativo que actúa en tal situación, a lo menos, amparado en la causal de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de su oficio (art. 10 n°10 del Código Penal), dependiendo de si hay o no consentimiento de uno de los padres”.<sup>418</sup> Pero quedaba fuera los casos en que este consentimiento no podía ser obtenido.

Bustos, Grisolia y Politoff, en esta misma línea, comprendían que bien puede acontecer que el médico y el no medico (matronas, estudiantes de medicina, etc.) “se enfrenten a una situación de emergencia en que la no realización del aborto pone en peligro actual o inminente la vida de la mujer o su salud en forma grave. Esta actuación no puede ser si no afrontada como un caso de estado de necesidad [ese momento] no legislado. De esta manera, si se dan los requisitos generales del estado de necesidad, incluido por cierto el que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el daño que amenaza a

---

<sup>417</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P. 97.

<sup>418</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. EN Pontificia Universidad Católica de Valparaíso “Delito, pena y proceso: libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta.”. Valparaíso Chile. Editorial Jurídica. 2008. P. 230.

la mujer, habrá que examinar, en el caso de los médicos los deberes profesionales en conflicto, y en el caso de los no médicos la entidad de los bienes jurídicos en pugna. Respecto de la vida de la madre no habrá jamás problema, ya que todo el sistema jurídico, sin necesidad de acudir a una valoración cultural, exterioriza la supremacía del valor de la vida de la persona sobre la vida del feto. En consecuencia, sea un médico o un particular cualquiera el que ejecute el aborto, en tal caso habrá realizado una conducta que no es antijurídica, en cuanto se ha obrado la voluntad del derecho o, lo que es lo mismo, existirá una justificación supralegal. La resistencia de nuestra jurisprudencia para admitir eximentes supralegales solo podrá salvarse con la admisión de otra de las hipótesis de 10 N° 10: el ejercicio legítimo de un derecho; en todo caso no podrá negarse la ausencia de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta que, aunque también constituye una eximente supralegal, se ha admitido en nuestra jurisprudencia en algunos casos a través de la fuerza (moral) irresistible del art. 10 N° 9”.<sup>419</sup> A lo cual se puede sumar perfectamente el art. 10 N° 11 que incluso puede ser la única norma que sea necesaria citar para dejar impune esta situación. Este nuevo numeral puede resolver el tema de la eximente “supralegal” y simplificar este tema, y también resuelve el conflicto del balance de los valores de los bienes jurídicos en juego, pues con esta norma esto pasa a ser casi secundario al permitirse un sacrificio de un bien que no sea “esencialmente” mayor al que se pretende salvar.

De todos modos antes de la existencia de este numeral, los autores ya mencionados afirmaban que si se “trata de un conflicto entre la salud amenazada de un grave daño, en forma actual e inminente, y la vida del feto, en el caso del médico. Las dificultades respecto del particular surgen del hecho de tratarse de un “balanceamiento” de bienes y no de deberes, lo que solo podía hallar solución por la vía de la exculpación (la no exigibilidad de otra

---

<sup>419</sup> POLITOFF, SERGIO. GRISOLÍA, FRANCISCO. BUSTOS, JUAN. Ob. Cit. P. 172.

conducta).<sup>420</sup> De esta manera ya adelantaban la necesidad de un estado de necesidad exculpante, lo que nos permite afirmar que esta sería la naturaleza de un aborto terapéutico, y que por lo tanto cabría ser cubierto por el numeral 11°.

Cabe mencionar la especial postura de Bascuñan en la doctrina chilena. Para él, “la indicación terapéutica no exige actualidad o inminencia del peligro, ni tampoco la estricta necesidad de la interrupción del embarazo como medio para evitar la concreción de ese peligro. El pronóstico de peligro probable ya implica un traspaso del umbral de afectación de los intereses personalismos de la mujer que es inherente al embarazo. Entrar en ese peligro es una decisión de conciencia de la mujer embarazada, que el estado no puede exigir por la fuerza. Este sería el preciso y legítimo ámbito de aplicación del aborto terapéutico”.<sup>421</sup> Más allá de un tema de conflicto de bienes jurídicos, el fundamento de esta indicación es que no se le puede exigir a una mujer tal nivel de solidaridad

En virtud de todo lo anterior entenderemos por aborto terapéutico aquel que se interrumpe un embarazo o se adelanta el parto si es que la continuación de este implicaría un grave peligro para la salud y la vida de la madre.

Se deberá optar por una de las dos vidas, y para algunos autores no hay complicación, pues les parece lógico que la vida de la madre es de mayor importancia que la del feto. Para otros no es así, y lo justifican en el fundamento de la libertad y autonomía de la madre, la idea de obligarla a continuar con el embarazo les parece del todo injusto. Para ellos no existe obligación absoluta y el derecho debe aceptar tales excepciones.

Claramente, vemos que aquí hay un consenso de que nos encontramos bajo un estado de necesidad, y afirmaremos de ahora en adelante que es un estado

---

<sup>420</sup> POLITOFF, SERGIO. GRISOLÍA, FRANCISCO. BUSTOS, JUAN. *Ibíd.*

<sup>421</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ob. Cit. P.* 175.

de necesidad exculpante, por el hecho de que más que analizar la importancia de cada bien jurídico, hay un tema de urgencia y peligro que no permitirá actuar de otra manera. Tal es así, que creemos que no se requerirá del consentimiento de la madre o de quien esté capacitado para darlo en su lugar en casos de urgencia.

Por último, debemos decir que respecto al alcance de esta indicación, notamos que puede ser amplia, cubriendo enfermedades físicas como psicológicas, si es que tomamos como concepto de salud el otorgado por la Organización Mundial de Salud. De esta manera una mujer que quiere abortar por conflicto de calidad de vida, podría aplicarse esta indicación en que tal conflicto en una perturbación a su salud psíquica.

#### **6.1.2.2. Indicación Eugenésica**

Esta indicación, como la describió Cuello Calón, es otorgada por los médicos “especialmente, que, cuando las condiciones biológicas de los padres hagan temer que el fruto engendrado sea portador de graves taras degenerativas, se proceda a la interrupción del embarazo, con el fin de evitar la venida al mundo de un ser condenado a una vida de enfermedad y, al mismo tiempo una pesada carga familiar y social”.<sup>422</sup> El fundamento es, evitar un sufrimiento al que estar por nacer y a aquellos que estarán a cargo de él.

Sin embargo, para Cuello la manera de enfrentar el temor del nacimiento de enfermos, débiles o con problemas psiquiátricos “es el empleo de medios preventivos de la concepción. El conocimiento más profundo de las leyes de la herencia permitirá quizás un día justificar plenamente la intervención eugenésica. La petición de la impunidad del aborto eugenésico no contraviene ningún principio ético, porque evitar una vida penosa y miserable no es inmoral ni inhumano, pero, su autorización, sobre la base de puras razones de higiene

---

<sup>422</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P. 108.



racial, sería aún prematura”.<sup>423</sup> Este último reparo lo hizo el autor basado en la idea de que, este fue el fundamento de los Nazis para el genocidio que cometieron.

A pesar de lo antes dicho por Bustos, Grisolia y Politoff, opinan que “el desprestigio que condujo a esta clase de consideraciones generalizadas en la Alemania nazista, por los “límites fluidos”, entre política de salud y política racial (que llevó a excepcionar de la prohibición del aborto a mujeres pertenecientes a pueblos no alemanes), no ha impedido la reapertura del debate por la casuística de niños deformados por la talidomida. La tendencia predominante en la doctrina es excluir la justificación, negándose toda base en la ética médica y en el derecho consuetudinario”.<sup>424</sup> Siendo una indicación compleja, que de no ser bien regulada podría darse para justificar actos de racismo e intolerancia.

Juan Bustos, bajo la idea de que el bien jurídico protegido es la libertad de la madre, afirma que aquí hay una intensificación de este bien; “como una forma específica y clara de expresión de la afección a la libertad (de otro modo resultaría criticable, pues sería absurdo plantear que el derecho considera sin valor o con menos valor sujetos con determinadas diferencias físicas o psíquicas, por ejemplo, el síndrome de down, lo cual conduciría a concepciones autoritarias o discriminatorias, que son sujeto del racismo, del segregacionismo y del genocidio).<sup>425</sup> Poner como objetivo de esta indicación matar al feto por defectos no lo haría aceptable, pero si lo sería si el objetivo es el darle la posibilidad a la madre de decidir si lo quiere o no cuidar..

Bustos critica la idea de algunas legislaciones de solo permitir esta indicación hasta cierto plazo. Según él, “resulta contradictorio con el sentido y fundamento de la indicación, que es el de poner de relieve un conflicto de interés puntual,

---

<sup>423</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P. 111.

<sup>424</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. Ob. Cit. P. 173.

<sup>425</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. Ob. Cit. P. 53.

limitar el ejercicio del estado de necesidad a un tiempo determinado, partiendo por la presunción de desaparición del estado de necesidad (una extraña mezcla de indicación y sistema de plazo, que no tiene fundamentación). Por cierto, además, después de las 22 primeras semanas de gestación se puede producir, a causa de una enfermedad de la madre o por cualquier otro efecto (radioactivo, medicamento, etc.), un proceso morboso en el feto, que, sin embargo, tampoco podría ser considerado dentro de un estado de necesidad solo por una razón temporal arbitraria. En todo caso hay que señalar que (...) [de haber un plazo, transcurrido éste], se convertirá por la fuerza de los hechos en una afectación a la salud psíquica de la madre si ella no quiere tener al hijo, con lo cual se podrá recurrir a la [indicación terapéutica], (en el trasfondo de la libertad está siempre el elemento opuesto de la coacción y por lo tanto de afección psicológica, que en el caso de esta indicación aparece especialmente en primer plano). En definitiva el plazo no tendrá mayor significación”.<sup>426</sup> Para este autor entonces, poner un plazo a esta indicación sería inadecuado ya que el motivo de esta (enfermedad o defecto del feto) estará presente o puede aparecer una vez transcurrido el plazo, pero de todos modos con o sin plazo el problema que aborda esta indicación puede afectar tanto a la madre siquiátricamente que haría aplicable la indicación terapéutica..

Para Bascuñán, la denominación de “eugenésica” es errónea o bien obedece a un fundamento inaceptable, pues “la finalidad eugenésica consiste en evitar el nacimiento de seres humanos defectuosos, conforme a algún estándar de calidad. (...) La eugenesia es incompatible con el principio de igual dignidad de todas las personas (Art. 1° C. Pol.). Una indicación eugenésica es manifiestamente inconstitucional”.<sup>427</sup> Nadie puede decidir quién merece vivir y en el utilizar el término “eugenésico” para esta idicación puede dar lugar a

---

<sup>426</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. Ibíd.

<sup>427</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 177.

permitir el aborto e incluso obligarlo por razones inaceptables como el cuidado de la raza.

Por eso este autor prefiere llamar a esta indicación como embriopática, la cual “atiende ciertamente a una malformación congénita del feto -una patología-, pero no se orienta a una realización de una finalidad eugenésica. Su fundamento se encuentra en la afectación de la autonomía de la mujer que esa patología del embrión conlleva”.<sup>428</sup> Es decir, el fundamento sería que el tener un hijo con tales defectos puede afectar de tal manera la vida y la autonomía de la mujer que la decisión de abortar sería la más adecuada, puesto que, de ser de otra manera, habría una exigencia de solidaridad de sacrificar su vida en beneficio de otro, no exigible a nadie más en el Derecho.

Esta indicación, como vemos, está dirigida a el caso que el feto venga con malformaciones o alguna enfermedad que no permita ni a él ni a los padres una vida digna, y que causará demasiados sufrimientos.

Sin embargo, si esta indicación no tiene límites claros, puede dar lugar a políticas terribles, como lo fue en la Alemania Nazi, momento desde el cual esta indicación quedó desprestigiada.

Aun así, una discusión sobre esta indicación es necesaria, porque tampoco es justo obligar a la mujer a soportar tales sufrimientos, y podemos empezar por no hablar de indicación eugénica sino de indicación embriopatía, basándonos en la afectación de la autonomía de la mujer y no en un tema de “selección” de vidas.

### **6.1.2.3. Indicación Ético- Social**

Para Cuello Calón, esta indicación plantea la impunidad del aborto “cuando la concepción es el resultado de un delito, de un incesto, de unión sexual con

---

<sup>428</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ibíd.*

persona incapaz de consentir por su edad o estado mental y, muy principalmente, cuando es consecuencia de una violación”.<sup>429</sup> En tales circunstancias es del todo complejo exigir a la madre que tenga al hijo, aun estando ella y él completamente sanos.

En el caso de violación, Cuello Calón no duda en admitir el aborto, pues afirmó que “nada puede justificar que se imponga a una mujer una maternidad odiosa, que dé vida a un ser que le recuerde enteramente el horrible episodio de la violencia sufrida; nada más injusto que la terrible exigencia del derecho que la mujer soporte el fruto de su deshonor”.<sup>430</sup> Tal contexto puede causar terribles daños psicológicos a la madre y futuros al hijo, puesto que es poco cuestionable que la madre no lo quiera, corriendo este riesgo de discriminación y maltrato.

Para Bustos, Grisolí y Politoff, si se trata de relación incestuosa, “a la consideración ética se añade eventualmente también la de tipo eugenésico”.<sup>431</sup> En el incesto podría llegar a ser aplicable la indicación eugenésica por mayor posibilidad de que los fetos no se desarrollen adecuadamente o lleven una tara genética.

Para Cuello, aquí lo predominante “no es el punto de vista eugénico que (...) no posee aun suficientes garantías de certeza, la razón predominante es de carácter sentimental, la que invoca el derecho de la mujer a rechazar la maternidad violenta”.<sup>432</sup> Para el autor lo predominate no es el riesgo de taras genéticas, si no, las graves consecuencias que puede conllevar tener de tener un hijo concebido en circunstancias violentas o no consentidas.

---

<sup>429</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P.p. 113-114.

<sup>430</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P. 114.

<sup>431</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. Ob. Cit. P. 173.

<sup>432</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P. 115.

Este autor, luego de analizar a varios doctrinarios concluye que los contrarios a la licitud del aborto por violación, dicen que “el origen criminal de una vida no puede legitimar éticamente su aniquilamiento, que la sociedad cuidará de los hijos cuyo mantenimiento no puede imponerse a la mujer, pero especialmente insisten en los múltiples abusos a que se presta esta impunidad, pues como no siempre es fácil la prueba de la violencia sufrida, podría suceder que un número considerable de embarazos no deseados fueren atribuidos a violación originándose de este modo un número enorme de denuncias falsas”.<sup>433</sup> Pero consideramos que no es complejo en estos tiempos tener una prueba segura de la existencia de un delito de violación, ya que la medicina ha avanzado, por lo tanto, en este aspecto, tal fraude es difícil en la actualidad.

Para Bustos, Grisolí y Politoff esta indicación sobrepasa el fundamento de cuidar el honor de la mujer, pero aún así, señalan que en las circunstancias en la que esta es aplicable “no hay motivo para reconocer una causal de justificación, salvo en la medida de que el traumatismo psíquico de la violación pudiera determinar el aborto terapéutico”.<sup>434</sup> El derecho no permitiría justificar el aborto por la indicación ético social, porque para estos autores, el derecho no podría considerar lícito un aborto por tales motivos, pero, es probable que pueda derivar esta situación a la necesidad de la indicación terapéutica por los graves trastornos psiquiátricos que puede sufrir la mujer violentada sexualmente.

Es por lo anterior, que estos autores terminan afirmando que la única manera de aplicar esta indicación, es que “se admita una exculpación por no exigibilidad de otra conducta (art. 10 N °9)”.<sup>435</sup> Es decir, como no es posible aplicar una causal de justificación, proponen hablar de ausencia de culpa por inexigibilidad de otra conducta motivada por la fuerza o miedo insuperable, lo cual es de toda

---

<sup>433</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P. 117.

<sup>434</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. Ob. Cit. P. 174.

<sup>435</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. *Ibíd.*

lógica, si pensamos en el trauma que debe tener una mujer al ser víctima de los delitos que fundamentan esta indicación.

Bascuñán dice que “el fundamento constitucional de la inexigibilidad del deber de tolerar el embarazo en estos casos debe ser esclarecido. El criterio extendido consiste en considerar inexigible tolerar las consecuencias de una acción sexual no consentida por la mujer. Este criterio puede obedecer a dos razones. Una de ellas inadmisibles y la otra susceptible de generalización”.<sup>436</sup>

No es válido para él sostener como una razón válida la relación que existe entre el embarazo y la significación sexual de la acción no consentida, pues “no es la afectación originaria del recato o castidad de la mujer embarazada lo que hace inexigible a su respecto el deber de tolerar el embarazo. Esta no es una indicación honoris causa, es decir, que proteja la consideración social de la mujer en el marco de una moral social que valora la abstinencia sexual. Semejante fundamento a su parecer es incompetente con un Estado de derecho que reconozca el pluralismo como uno de sus fundamentos. Tal es el carácter del Estado de derecho en Chile, conforme al Art. 19 N°15 inciso 6° CPR. 1980/89”.<sup>437</sup> No es un tema de honor de la mujer, sino un tema de no poder obligarla a tener un hijo en circunstancias no consentidas por esta, es por ello que no debe confundirse esta indicación con el aborto “honoris causa”.

Basado lo anterior es que Bascuñán agrega que “la razón válida se encuentra en la relación que existe entre el embarazo y el abuso experimentado por la mujer, es decir, en el sometimiento de su cuerpo a la realización voluntaria de otro. No es exigible el embarazo que es consecuencia del trato que se ha dado al cuerpo de la mujer como mero objeto. La afectación de la autonomía de la mujer que es inherente al embarazo se ve aquí intensificada

---

<sup>436</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 175.

<sup>437</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P.p. 175-176.

exponencialmente por la afectación a su autonomía que dio origen a ese embarazo. Es en este sentido puede aceptarse la denominación de “indicación, ético- jurídica” [en vez de ético- social], es decir, como una indicación basada en la afectación de la dignidad de la mujer como agente autónomo”.<sup>438</sup> Se propone una nueva denominación a esta indicación ya que el motivo no sería justificar el aborto por una ética social, sino por una ética jurídica, que busque la correcta aplicación del derecho de la mujer.

Bascuñán sostiene además, que bajo esta propuesta puede tener cabida “no solo el padecimiento de acciones de delitos de abuso sexual (violación, estupro, abusos sexuales), sino cualquier interacción coercitiva que sea casualmente idónea como acción reproductiva. En particular, la inseminación no sexual y la transferencia de embriones no consentidas quedan incluidas en este supuesto.”<sup>439</sup> Por lo tanto, toda acción que pueda dejar embarazada a una mujer sin su consentimiento es considerada motivo para dejar impune el delito aborto bajo esta indicación.

Este autor agrega que el deber de solidaridad exigible a la mujer “se justifica, al menos en cierta medida, en atención a que la existencia del feto es consecuencia de la realización, por parte de la mujer, de una acción con eficacia reproductiva. Conforme a este punto de vista, la mujer que consiente una interacción sexual que origina la posibilidad de la concepción y debe hacerse responsable de su concreción”.<sup>440</sup> Por tanto, se podrá hacer exigirse tal solidaridad a la madre, si esta acepta realizar actos que son capaces de dejarla embarazada.

De esta manera, para Bascuñán, si “el feto puede ser verosímilmente considerado como el producto de una relación sexual no consentida por la

---

<sup>438</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 176.

<sup>439</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ibíd.*

<sup>440</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ibíd.*

mujer, ese deber deja de ser exigible. De aquí que esta indicación solo pueda atender a la falta de consentimiento de la mujer en la realización (o tolerancia) de acciones con eficacia reproductiva”.<sup>441</sup> Esto lo hace también “extensible al caso de error invencible de la mujer acerca de la idoneidad reproductiva de cualquier acción o interacción consentida en sí misma, pero sin consideración de su idoneidad reproductiva”.<sup>442</sup> No solo es aplicable si no hay consentimiento, sino también cuando este es erróneo respecto a la capacidad del hecho de dejar embarazada.

Respecto a determinar o no un plazo para llevar a cabo un aborto bajo esta indicación, Bustos señala que es inadecuado, “pues limita la fundamentación y el sentido de la indicación, ya que el conflicto de intereses no puede estar circunscrito por el tiempo (más aún pueden darse muchos casos de violaciones de jóvenes en que el plazo haya transcurrido, como así mismo en el caso de personas sumamente inescrupulosas en sus decisiones). De todos modos hay que advertir que por las fuerza de los hechos, sobrepasado el plazo, este caso se convertirá en una afección a la salud psíquica de la madre si ella no quiere tener al hijo, con lo cual un plazo carece de significación práctica”.<sup>443</sup> Es inútil aplicar un plazo, toda vez que puede ocurrir que se descubran los hechos fundantes de la indicación ético-social transcurrido este. Aún así, para este autor también esta indicación podría derivar en la aplicación de la indicación terapéutica por lo eventuales daños psicológicos sufridos por la madre.

Con todo lo anterior podemos concluir que la indicación ético social estaría fundamentada no por el honor de la mujer, sino por el derecho a su autonomía, pues no puede ser obligada a tener un hijo si este fue concebido por un hecho

---

<sup>441</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ibíd.*

<sup>442</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ob. Cit. P. 177.*

<sup>443</sup> BUSTOS, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. *Ibíd.*



delictual (violación, estupro, abuso sexual) o por un hecho idóneo para la concepción sin su consentimiento.

Concluimos también que se considera que esta indicación solo puede ser llevada a cabo bajo una causal de exculpación y no bajo una causal justificación, ya que el derecho no puede tener como licito un aborto por los motivos aquí vistos, por tanto, como solución, se propone dejarlo impune bajo el artículo 10 N° 9 del Código Penal.

Debido a las características de los hechos aquí previstos, poner un tiempo límite para esta indicación es algo inútil, ya que es probable que muchos no lo cuenten hasta que sea un notorio el embarazo y el plazo ya haya transcurrido, de todos modos, es probable que la madre termine con graves problemas psicológicos y por lo tanto pueda hacer aplicable la indicación terapéutica.

Terminamos aquí diciendo que la mujer ya habría sido bastante vulnerada en su libertad al no poder decidir sobre si tener una relación sexual o un acto capaz de concebir, como para además obligarla a soportar el embarazo producto de esto.

#### **6.1.2.4. Indicación Socioeconómica**

Cuello Calón nos señala que “cuando la situación socioeconómica de la mujer le impida aumentar el número de sus hijos por carecer de recursos para alimentarlos y sostenerlos, se afirma que tiene el derecho de interrumpir el embarazo. En tales casos se evitaría graves males no solo para la familia, sino también para la sociedad, pues esta deberá preocuparse de las criaturas que vengán al mundo, tendrá que alimentarlas y educarlas, todo ello sin contar con el mínimo valor biológico y social de seres nacido de progenitores mal alimentados, debilitados por un trabajo excesivo, a veces de madres agotadas

por numeroso partos anteriores”.<sup>444</sup> Lo que se quiere evitar aparentemente, es traer a un niño a un mundo de sufrimiento.

Cuello critica tal fundamento y la existencia de tal indicación afirmando que “el Estado debe velar celosamente por los niños que no pueden ser alimentados ni educados por sus padres, y que nunca puede permitir que el malestar económico, cuya alegación puede ser falsamente invocada, se convierta en causa justificativa de inmensas hecatombes de gérmenes humanos. Quien engendra un hijo debe tener conciencia de las cargas y responsabilidades que contrae y, si no puede soportarlas, que acuda a los medios preventivos”.<sup>445</sup> Una indicación como esta, al no estar bien planteada puede dar lugar a políticas públicas como el aborto obligado en todas las familias pobres.

Este fundamento es el que más se da en la realidad de la vida. Para Bustos, Grisolí y Politoff no son admisible reflexiones de mero constructivismo teórico “puede afirmarse la existencia de deberes mínimos de los padres, cuando el Estado a su vez cumple con su deber de asistencia, lo que dista mucho de ser una realidad, sobre todo en países como el nuestro”.<sup>446</sup> Los autores hacen un llamado a que el Estado debe tener un rol activo para evitar el aborto, siendo este el de colaborar a los padres con la crianza, si no lo hace entonces esta indicación sería aceptable. Podemos decir con toda razón, que esta es la indicación la más cuestionada, y qué es tema no solo de la política criminal, sino también de políticas económica de cada país.

Con todo, mientras no haya un nuevo sistema en la materia, estos autores creen que de *lege lata* hay por lo menos tres posibilidades para considerar la influencia de esta clase de motivaciones frente a la incriminación del aborto: “a) la indicación mixta, médico-social, es decir, aquellos en los cuales donde debe

---

<sup>444</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P. 123.

<sup>445</sup> CUELLO CALON, EUGENIO. Ob. Cit. P.p. 129-130.

<sup>446</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. Ob. Cit. P. 174.

temerse que si el parto es llevado a término, ello importará con seguridad para la madre, como consecuencia de la situación económica de la familia, un serio y duradero daño para su salud. Tales casos deben ser afrontados con los criterios [que ellos propusieron] para el aborto terapéutico ; b) otras situaciones en que la prole era excesivamente numerosa o las condiciones económico-sociales motiven el aborto, sin que pueda hablarse propiamente de un riesgo grave para la salud de la madre (aunque el nuevo hijo no deseado signifique abrumar a la madre con responsabilidades que ya no puede afrontar), podrán constituir, según la intensidad y anormalidad de las condiciones que la circunden, una causal de exculpación por no exigibilidad por otra conducta (art. 10 n°9); y c) todavía las razones económico-sociales, particularmente la penosa manutención de la familia, el caso no poco frecuente de patronos que se niegan a conservar el trabajo a obreras con hijos, u otros semejantes, según sean las circunstancias, si no alcanzan a fundamentar una completa exculpación, bien pueden servir de base para afirmar una culpabilidad disminuida. (Así por la vía del Art. 11 n°5).<sup>447</sup> Propuestas algo riesgosas pero que bien fundamentadas tiene lugar, y con el artículo 10 N° 11 del Código Penal puede ser aún más fácil. Aunque tampoco es un tema de abortar porque no tengo dinero, las consecuencias deben ser graves.

Claro es que, según ellos, “mientras el aborto terapéutico (supuesta la concurrencia objetiva de todas sus exigencias) constituye una causal de justificación y por ende su valor de eximente de responsabilidad alcanza al médico y a la paciente, la fuerza moral irresistible o los estímulos tan poderosos que naturalmente produjeron arrebató y obcecación, en cuanto asunto que le concierne a la culpabilidad, no se comunican”.<sup>448</sup>

---

<sup>447</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. Ob. Cit. P. 175

<sup>448</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. *Ibíd.*

Otra advertencia que hicieron, y esto respecto al ámbito subjetivo es que “si el médico o el no médico (curanderos o profesionales del aborto) no obraron por razones altruistas sino con fines lucrativos, no les beneficiará la eventual exculpación ni la atenuante”.<sup>449</sup> Es lógico que se piense así, pues se supone que nadie quiere matar por dinero, además la vida no es un bien de comercio, y aprovecharse de una situación tan compleja es del todo reprochable.

Esta es la indicación más cuestionada porque es difícil aceptar el aborto por el no poder darle una vida digna al hijo, sin embargo este es principal motivo por el cual los padres piensan en abortar. Creemos que hay que ser realista y que esta indicación debe de ser aceptada, sin embargo, debe ser vista con cautela pues puede dar lugar a políticas públicas extremas de carácter incluso genocida. Ahora, de ver esta indicación como algo necesario, lo mejor sería que la legislación abarcara el método de plazo, pues a fin de cuentas, el método de las indicaciones es muy complejo y como ya dijimos, no soluciona el real motivo de la necesidad de abortar.

Concluimos aquí que aunque en principio suene egoísta esta indicación, pues nadie puede transar una vida por la falta de dinero, se debe aclarar que se acepta por el hecho de que este niño tendría una vida sufrida. De todas maneras, puede que tal situación acarree una grave perturbación psicológica a la madre, lo que puede hacer aplicable la indicación terapéutica.

## **6.2. El Aborto en la Legislación Chilena**

Si bien, en Chile no hay una norma expresa que permita el aborto, la doctrina nacional ha buscado formas de interpretar el orden jurídico de nuestro país, una parte de esta busca, que la prohibición de este acto no sea absoluta, haciéndola armónica y coherente con toda nuestra normativa, incluso con la Constitución o, y la otra, por el contrario, busca darle tal sentido que siempre sea penado por la

---

<sup>449</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. *Ibíd.*

ley. Analizando la primera postura, veremos que en el análisis que hacen da para pensar que llega a ser innecesaria una normativa expresa sobre el aborto terapéutico, pero creemos que tener tal norma simplifica mucho la vida jurídica.

En nuestra historia legislativa, como explicó Bascuñán, tenemos que el código penal chileno “nunca ha establecido disposiciones que describan situaciones explícitamente exceptuadas [de a los arts. 342 al 345 del Código Penal]. Entre 1931 y 1989 el derecho chileno sí contempló una excepción, el así denominado aborto terapéutico, permitido por el artículo 226 y posteriormente artículo 119 del Código Sanitario (“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir el embarazo. Para proceder esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”). La ley 18.826 del 15 de Septiembre de 1989, eliminó esa excepción, disponiendo en su reemplazo que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Desde entonces, no existen disposiciones legales en el ordenamiento jurídico chileno que explícitamente permitan la práctica de un aborto con el consentimiento de la mujer embarazada”.<sup>450</sup> Así, aparentemente, todo aborto es condenado sin importar el motivo por el cual se realizó.

Pero aún con esta supuesta total negación al aborto, Bascuñán se dio cuenta de que la doctrina chilena está dividida sobre la constitucionalidad de esta materia, incluso frente a un estado necesidad, explicó que la doctrina dominante en el derecho constitucional, “considera que la regulación actual expresa correctamente la consecuencia práctica que cabe deducir de la protección constitucional de la vida del *nasciturus*. Conforme a esta posición, el *nasciturus* sería el titular del derecho constitucional a la vida en igualdad de condiciones que los seres humanos nacidos, y esa protección constitucional excluiría la procedencia de causas de justificación del aborto distinta de las causas de

---

<sup>450</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 143.

justificación del homicidio. Esa sería la función del 119 del Código Sanitario. [Por otro lado, un] sector de la doctrina chilena, influyente en el ámbito del derecho penal, considera que puede justificarse el aborto consentido por la mujer embarazada como un caso de ejercicio legítimo de un derecho u oficio en el sentido del artículo 10 n° 10 del Código Penal. Esta posición estima que el artículo 119 del Código Sanitario no excluiría la consideración de la legitimidad de una intervención terapéutica como efectos abortivos”.<sup>451</sup> De esta manera, vemos que puede darse a la norma tal interpretación, que esta prohibición de abortar no sería del todo intransigente.

Para Bullemore y MacKinnon “la consideración de vida dependiente como bien jurídico penalmente protegido, de rango inferior a la vida independiente, al tenor de lo dispuesto en la Constitución Política en su artículo 19, N° 1, y la historia fidedigna de su establecimiento (actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 90<sup>a</sup>, celebrada el lunes 25 de noviembre del 1974), fundamenta que la realización del aborto terapéutico se encuentra permitida, excluyendo la responsabilidad penal, o, con más propiedad desde el punto de vista sistemático, como causal de atipicidad, de justificación o de exculpación sostenida por unos en el artículo 10 N° 9, [a falta del actual artículo 10 N° 11], del Código Penal (como causal de justificación por el legítimo ejercicio de un oficio) y por otros en el artículo 10 N° 7 del Código Penal (interpretado como causal de exculpación por incumplimiento de uno de sus requisitos). Sin embargo, la modificación del artículo 119 de Código Sanitario, en 1989, con el objeto de prohibir la realización de abortos terapéuticos, introdujo un elemento de compleja resolución en el cuadro sistemático, que tiene su fundamento en la interpretación de la Constitución y la ley”.<sup>452</sup> Para ellos la igual protección a todo

---

<sup>451</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ibíd.*

<sup>452</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. *EN* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso “Delito, pena y proceso: libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta.”. Valparaíso Chile. Editorial Jurídica. 2008. P. 230.

tipo de vida, la del que ha nacido y la del que está por nacer, implicaba no permitir ni un tipo de aborto.

Sin embargo, para estos autores, la solución se ve “en el mismo enunciado que ha seguido la doctrina penal nacional mayoritariamente: “es lícito el aborto terapéutico, basándose en la *lex artis*”, a pesar de la regulación del art. 119 del Código Sanitario”<sup>453</sup>. Es decir, el aborto terapéutico puede llegar a ser exculpado, si se comprueba que no es contrario a los principios rectores para ejercer la medicina.

Para Bullemore y MacKinnon, la inconstitucionalidad del 119 es manifiesta, y puede soslayarse la problemática fácilmente. Ello porque si bien es cierto que la *lex artis* debe entenderse como rectora del ejercicio de la profesión de médico, incluyendo la norma configuradora del art. 119 del Código Sanitario, y esta prohíbe a los médicos causar un aborto, no es la única norma reguladora de los deberes del médico.<sup>454</sup>

Todo lo anterior lleva a estos autores a afirmar la manifiesta inconstitucionalidad del 119 del Código Sanitario, “y puede soslayarse la problemática fácilmente. Ello porque si bien es cierto que la *lex artis* debe entenderse como rectora del ejercicio de la profesión de médico, incluyendo la norma configuradora del art. 119 del Código Sanitario, y esta prohíbe a los médicos causar un aborto, no es la única norma reguladora de los deberes del médico”.<sup>455</sup> Sin embargo, los médicos no solo se deben regir por el artículo 119 del Código Sanitario, sino por todas las normas que rigen el ejercicio de la profesión.

---

<sup>453</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. MACKINNON “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. Ob. Cit. P. 231.

<sup>454</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. MACKINNON “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. *ibíd.*

<sup>455</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. *Ibíd.*

Junto con lo anterior, ellos fundamentan además la permisibilidad del aborto terapéutico destacando que el art. 345 del Código Penal exige que el aborto realizado por el facultativo sea “abusando de su oficio”. Con esto, afirman que “se puede, en la colisión de deberes, preferir la vida independiente (bien jurídico de mayor entidad) y/o salud de la madre (bien jurídico [para estos autores] de igual entidad), por sobre la vida del feto”.<sup>456</sup> Pues por lo menos en el caso del aborto terapéutico, la intención del médico que lo realiza no es la de aprovecharse de la situación que requiere causar un aborto, sino la de salvar a la madre.

Siguiendo esta línea de pensamiento, y al igual que Bullmeore y MacKinonn<sup>457</sup> opinamos que en el aborto Terapéutico no habría conflictos de ilegalidad, y esto además lo podemos afirmar apoyándonos en las discusiones de la Comisión Constituyente, donde veremos que se afirma la atipicidad del aborto terapéutico realizado de acuerdo a la *lex artis*, con consentimiento de los padres.

Así por ejemplo en estas Actas se señala que señor Ortúzar “agrega que dentro de la facultad que tendrá el legislador, se podrá no considerar delito el aborto terapéutico –como entiende que hoy en día no lo es- ya que solo la práctica maliciosa del aborto está penada por el Código Penal, pero el aborto terapéutico no se encuentra sancionado por dicho texto legal. Estima que si se va a establecer en la Carta Fundamental un precepto que no lo hace admisible en caso alguno y, por el contrario, lo hace condenable, es evidente que deberá estar sancionado en el Código Penal. [Por ello] se desea dejar cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto. Señala que,

---

<sup>456</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. Ob. Cit. P. 232.

<sup>457</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. Ibíd.



a su juicio, la única solución lógica sería esta, pues no significa imponer las convicciones morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, a la cual va a regir la Constitución Política”.<sup>458</sup> Podemos señalar que apenas se empieza a hablar de la protección a la vida del que está por nacer el constituyente hace un llamado a que no exista una prohibición absoluta del aborto.

Del mismo modo en esa comisión El señor Evans manifestó respecto de la inclusión de la frase que considera la protección de la vida del que está por nacer que “implicaría un mandato flexible para no sancionar formas de aborto terapéutico en que haya mediado una decisión responsable del padre o del facultativo”.<sup>459</sup> Interpretar esta norma como una prohibición absoluta del aborto estaría en contra la Carta Fundamental.

En el mismo sentido señor Ovalle opinó en tal discusión “que, personalmente, no solo es partidario del aborto terapéutico, sino de otros casos más, que para él se justifican en plenitud, y estima que el legislador, ante el deseo del constituyente de no liberalizar la legislación relativa al aborto en los términos tan amplios a que se ha referido, tendrá que consignar, con un espíritu restrictivo, consciente y muy concreto, los diversos casos que, desde el punto de vista que él tenga, puedan justificar un aborto y en este orden de ideas entiende el problema”.<sup>460</sup> Esta flexibilidad de la norma, deberá ser mayor que la planteada por Evans, haciendo admisible las demás indicaciones.

El señor Ortúzar, en esta misma discusión cree necesario hablar del aborto “honoris causa”, y sale en las actas que “cree que cabe situarse en el caso de que, si el día de mañana ocurriera una violación, incluso una violación masiva de alumnas de una escuela, y que siendo legisladores los miembros de la

---

<sup>458</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Sesión n° 90. 5 de Noviembre del 1974. Ejemplar N°16. Santiago, Chile. P 16.

<sup>459</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Ob. Cit. P. 18.

<sup>460</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Ob. Cit. P. 19.

Comisión, tuvieran que entrar a establecer la oportunidad de considerar como lícito, en ese caso, el aborto, declara que en esta situación él se encontraría frente a un grave problema de conciencia, porque si le ocurriera en lo personal, con respecto a una hija, tendría el problema de conciencia, y probablemente, si los antecedentes del violador fueran los de un anormal, degenerado o delincuente, etc., se inclinaría incluso a autorizar en ese caso el aborto. [Declara, por lo tanto que] comparte la opinión del señor Ovalle, y aun cuando no se atreve a precisar cuáles son los casos, no cree que, en conciencia, el único sea el aborto terapéutico. [De esta manera] manifiesta que, por estas consideraciones, aceptaría la proposición para que se deje constancia en el Acta de las observaciones de los señores Silva Bascuñán y Evans, en el entendido de que se deja esta posibilidad al legislador, con el fin de que pueda apreciar aquellos casos, como el aborto terapéutico, principalmente, en que, en realidad se estime que no puede ser constitutivo de delitos”.<sup>461</sup> Esta opinión es del todo sensata, pues hay que ponerse en la situación antes de tomar una resolución.

Frente a este punto de vista de la Comisión Constituyente, que pareció ser el mayoritario, el señor Guzmán se hizo sus reparos del texto final del artículo 19 N° 1 y declaró que “desea dejar testimonio de su opinión convencida y contraria al precepto que se ha aprobado, y su profundo desencanto de que en realidad la Constitución no vaya a tomar una definición en esta materia, que, a su juicio, es la única conciliable con los Derechos Humanos que hoy día, lamentablemente, están muy deteriorados en el mundo. (...) Para él, si se consagra el derecho a la vida, debe seguirse en forma muy necesaria con la prohibición del aborto y la eutanasia. (...) Señala que desea dejar constancia de que no se pliega a ninguna de las interpretaciones que han dado, porque no se encuentra en el predicamento de la mayoría de la Comisión, y lamenta

---

<sup>461</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIPON CONSTITUYENTE. Ob. Cit. P. p. 19-20.

únicamente haber quedado en minoría en un punto tan importante, pero no desea insistir más en ello”.<sup>462</sup> Queda en las actas de manera clara que la idea mayoritaria era la de dar una protección flexible a la vida del que está por nacer, esto lo ratifica Guzmán al aceptar que su posición en la minoritaria.

Con la revisión de estas actas Bullemore y MacKinnon confirman “la inconstitucionalidad de la nueva norma del art. 119 del Código Sanitario, modificado en 1989. Pero [...], ese problema se salva mediante un sencillo proceso interpretativo. [Este proceso se explica en consideración] al concepto de *lex artis* que forma parte del tipo objetivo como un concepto normativo. Obviamente dicho concepto evoluciona, desde el punto de vista de la medicina, y en la actualidad lo hace con una velocidad abismante. Es decir, el reciente concepto de *lex artis* de carácter restrictivo, como resultado de una interpretación que afirma una importancia decisiva (que no tiene) al art. 119 del Código Sanitario, reformado en 1989, ya no es posible aplicarlo, por cuanto este concepto no se refiere sólo a las reglas y procedimientos médicos; se refiere también a principios, como el principio fundamental que justifica el castigo del médico cuando no observa las normas relativas a la relación médico-paciente. Así esta extensión de la *lex artis* a principios, además de técnicas de procedimiento, hace posible aplicarla aquí a normas relativas a la vida de la madre que en ciertos casos puede verse afectada. Es decir, un concepto actualizado de la *lex artis* contempla también aspectos normativos que pueden ser incluidos en la solución de los problemas del aborto terapéutico si consideramos que el principio rector de la medicina moderna está determinado por la relación médico paciente”.<sup>463</sup> Debe darse por tanto una interpretación más amplia a la norma y no solo centrarse en los procedimientos médicos.

---

<sup>462</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIPON CONSTITUYENTE. Ob. Cit. P. 20.

<sup>463</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. Ob. Cit. P. 233.

En consecuencia, y aplicando los criterios que desarrollamos para la *lex artis*, Bullemore y MacKinnon concluyen sobre el aborto terapéutico que:

1. “No habrá delito cuando el médico cumpla con el elemento normativo, referido al tipo, de obrar sin abuso por estar actuando dentro del concepto de *lex artis*; entonces su conducta será atípica, pero requerirá del consentimiento de la madre o el padre.
2. Habrá justificación cuando obre dentro de la *lex artis*, pero sin consentimiento de uno de los padres, o cuando habiendo consentimiento, actúe velando terapéuticamente por la salud de la madre, como en caso de inviabilidad del feto.
3. Habrá exculpación cuando no se den los requisitos de la justificación, cuando actúe por error de prohibición o en estado de necesidad exculpante o impulsado por una fuerza moral irresistible, por ejemplo actuando en contra de la voluntad de los padres, pero impulsado por su obligación de salvar la vida de la madre”.<sup>464</sup>

Bascañán, centrándose en específico en la legalidad del aborto terapéutico sostiene que “en la medida en que la doctrina penal entiende que este tipo de aborto es el caso en que la presencia del feto implica un peligro actual o inminente para la vida de la mujer embarazada, reduce el ámbito de justificación del aborto consentido a un caso infrecuente y normativamente indiscutible”.<sup>465</sup> Es una realidad ineludible, y no se puede culpar ni a la madre ni a la persona que lo provocó, y menos al médico diciendo que actuó fuera de la *lex artis* en tal estado de urgencia.

---

<sup>464</sup> BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. MACKINNON “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. *Ibíd.*

<sup>465</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ob. Cit.* P. 143

Para Bascuñán, sin embargo, no cabe la doctrina de la atipicidad del aborto terapéutico por la *lex artis*, según él, “en primer lugar, porque el fundamento de la exclusión de lo injusto de las intervenciones terapéuticas se encuentra en el consentimiento del ofendido: la idoneidad terapéutica de la intervención simplemente hace concluyente ese efecto del consentimiento. En segundo lugar, porque la intervención abortiva sólo es terapéutica respecto de la mujer embarazada, pero no del feto. Luego, solo puede ser considerada como excluyente del injusto por las lesiones corporales infringidas a la mujer, pero no del injusto por la muerte del feto. Reconocer a la mujer embarazada autonomía para decidir acerca de la muerte del feto es negar la prohibición del aborto consentido. Pero la existencia de esa prohibición en el nivel de la regulación legal, expresada en los artículos 342 N°3 y N°4 del Código Penal, y en el actual artículo 119 del Código Sanitario no pueden dejar de producir efecto en la configuración de la *lex artis*. Este es el origen del problema: desconocerlo no es solucionarlo”.<sup>466</sup> No deja de ser ilícito que el médico provoque el aborto por aplicar en beneficio de la madre la *lex artis*, no siendo este justificado sino que exculpado.

Subsidiario a lo anterior, Garrido plantea como solución alternativa la consideración del aborto terapéutico como un caso de ejercicio de un oficio. Pues como él lo entiende “el ejercicio de toda profesión, en particular la medicina, se rige por ciertos principios y reglas que constituyen la llamada *lex artis*, a las cuales debe sujetarse el que desarrolla tal actividad; si se infringen esas reglas, podrá concluirse que ha habido abuso; en tanto el profesional las respeta, estará amparado por la justificante del artículo 10 N° 10 –ejercicio

---

<sup>466</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ibíd.*

legítimo de un oficio- y su actuar no será antijurídico.<sup>467</sup> Pero aun así esta idea es compleja y sujeta a muchas restricciones legales.

Dice Bascuñán también que “la postura contraria advierte su improcedencia práctica atendiendo las consideraciones de subsidiariedad, es decir, advirtiendo que la medicina puede controlar por lo general el peligro sin necesidad de sacrificar la vida del feto. [Es decir], la doctrina que da preponderancia a los intereses de la mujer embarazada en rigor no hace más que formular, como un reclamo progresista, aquello de lo que no se preocupa mayormente la doctrina adversa a esto. Por lo tanto habría en verdad una coincidencia encubierta”.<sup>468</sup> Ambas posturas opinan por lo mismo, que mientras se pueda salvar las dos vidas el aborto es ilegal, solo que la postura pro aborto pone énfasis en los derechos de la madre con un afán de completar y no de contradecir a aquellos contrarios al aborto.

Por otra parte vemos en la “Historia de la Ley 18.826” que reforma el artículo 119 del Código Sanitario en el “Informe Complementario de la Comisión Conjunta” las siguientes observaciones: “si bien es cierto se consideró la posibilidad de que existieran algunos remotos casos en que el aborto terapéutico podría tener aplicación, se estimó innecesario mantener la norma para casos extremadamente excepcionales, considerando que en esta situación el juez va a aplicar las disposiciones generales del Código Penal. (...) En efecto, debe considerarse que desde el ámbito jurídico penal, el nuevo artículo 119 del Código Sanitario que se propone, no contempla la causal de justificación basada en el ejercicio legítimo de una profesión, cuya concurrencia torna lícita la conducta. (...) Con la aplicación de la norma propuesta, el hecho siempre tendrá carácter de ilícito, es decir, en el ámbito penal del ordenamiento

---

<sup>467</sup> GARRIDO MONTT, MARIO. “Derecho Penal”. 2ª ed. Tomo III. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 2005. P.117.

<sup>468</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 144.

jurídico, la conducta será típica y antijurídica (no expresamente autorizada). Por ello, el médico solo podrá evitar la sanción penal por la vía de la exculpación, acreditando que el ilícito cometido no le es reprochable personalmente por la concurrencia de circunstancias concomitantes que significan la no exigibilidad de una conducta conforme a los mandatos del derecho penal”.<sup>469</sup> En otras palabras, la comisión no buscaba la prohibición absoluta del aborto y hace notar la necesidad de una causal de exculpación que cubra estos hechos.

Para Bascuñán, las consideraciones de la comisión son doblemente contradictorias. Primero se pregunta si “¿Tiene también [el aborto terapéutico] carácter de ilícito? Ya se ha visto que la comisión consideraba que dicho aborto no merecía el tratamiento de la acción ilícita, pero, le hace preguntarse ¿Cómo se compatibiliza esa tesis con la exclusión de la causal de justificación antes consagrada por el art. 119 del Código Sanitario? [Y segundo lugar], el recurso de una causal de exculpación que se encuentra fuera de lugar. El médico no se encuentra en una causal de inexigibilidad, en el sentido de las causales de exclusión de la responsabilidad penal. Es la mujer embarazada, pero no el médico, la persona que puede entenderse exculpada por su reacción frente al peligro. Conforme a la teoría de la accesoriedad limitada, dominante en Chile, el médico participe en el aborto no puede invocar una circunstancia personalísima que respecto de él no concurre. Mucho menos podrá hacerlo el médico que es coautor del aborto, como rutinariamente será el caso. Precisamente debido a esta situación es que surgió en la jurisprudencia alemana el estado de necesidad justificante supralegal, para cubrir la situación del médico que practicaba un aborto terapéutico”.<sup>470</sup> No queda claro para el autor la justificación del aborto, ni la impunidad del médico que lo realiza.

---

<sup>469</sup> HISTORIA DE LEY 18.826. Valparaíso, Chile, Biblioteca del congreso nacional de Chile. [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). 1989. P. 168.

<sup>470</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P.p. 155-156.

Estas expresiones, sin embargo, en contradicción literal con el informe de 12 de agosto, para Bascuñán, se pueden conciliar entendiendo que en la concepción conjunta el actual Art 119 del Código Sanitario tiene una doble función, “por una parte, excluye la justificación del aborto directamente provocado, aún en una situación de necesidad para la mujer embarazada. Por otra parte, autoriza la práctica de un aborto indirectamente provocado, realizada con fines legítimos. (...) En otras palabras, desde el punto de vista de la comisión conjunta, el proyecto de ley mantendría un residuo de la antigua causa de justificación del Código Sanitario: el compatible con la teología moral del magisterio eclesial católico”.<sup>471</sup> Así no habría conflictos morales al momento de realizar un aborto terapéutico.

Es por eso que para este Autor, “la ley 18.826 habría producido dos efectos prácticos en relación con la legislación del aborto: (a) la eliminación de la justificación de cualquier aborto consentido realizado deliberadamente como medio para el logro de otro fin, incluso la salvaguarda de la vida de la mujer embarazada; (b) la perduración de la justificación del aborto consentido realizado con fines terapéuticos, debidamente proporcionado, en los casos en que la muerte del feto es un resultado no buscado deliberadamente.”<sup>472</sup> El aborto quedaría impune si la muerte del feto no es el fin, sino que es consecuencia del intento de salvar la vida de la madre.

Sin embargo, la doctrina Constitucional, como advierte Bascuñán<sup>473</sup>, a pesar del defensor de introducir en la Constitución la normativa de la teología católica disfrazándola como derecho natural, la mayoría de la comisión rechazó tal idea al considerar que imponía exigencias a la mujer embarazada que no eran compatible con la debida neutralidad confesional del orden jurídico, y en

---

<sup>471</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ibíd.*

<sup>472</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ob. Cit. P. 157.*

<sup>473</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ob. Cit. P. 158.*



particular del orden constitucional. Esto se ve en un pasaje de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución de 1980 donde el presidente Enrique Ortúzar “entiende que se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se deja una cierta elasticidad, para que el legislador determine los casos, como por ejemplo, el aborto terapéutico, en que no se considere constitutivo de delito el hecho del aborto. Señala que, a su juicio, la única solución sería esta, pues no significa imponer las convicciones morales y religiosas de los miembros de la comisión a la comunidad entera a la cual va a regir la constitución Política”<sup>474</sup>. Sería inconstitucional dar al principio de protección al que está por nacer una interpretación que lleve a la prohibición absoluta del aborto y compuesto de moralidad. No siendo contra la Carta Fundamental la aceptación de, por lo menos, el aborto terapéutico.

Así, para Bascuñán, de conceder al que está por nacer “la calidad de persona, y de reconocerle un derecho a la vida, no podría deducirse de ello una prohibición absoluta de causar un aborto. No existe prohibición absoluta de cometer homicidio. El homicidio cometido en legítima defensa propia, de parientes o de tercero extraño es una acción lícita. También lo es el homicidio cometido en estado de necesidad defensivo, cuando no existe otro medio de evitar un peligro de muerte. En todos los casos en que un ser humano genere un peligro letal para otro, éste no tiene por qué soportarlo. Del hecho que ese peligro no provenga de una “agresión ilegítima”, en el sentido de la legítima defensa, no se deduce un deber de tolerarlo”.<sup>475</sup> En opinión del autor el aceptar

---

<sup>474</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIPON CONSTITUYENTE. Ob. Cit. P. 16.

<sup>475</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 158.

la igualdad entre la vida del nacido y del que está por nacer, más que prohibir el aborto terapéutico lo haría más admisible.

Volviendo al tema de la constitucionalidad del aborto, José Luis Cea Egaña reconoce que “en las actas de la Comisión de Estudio se dejó constancia que la ley decidirá en qué términos y cuando protegerá la vida del que está por nacer. Sin embargo es nuestra convicción que tan amplia remisión a lo que disponga la ley no puede concluir en una interpretación incorrecta, Ya que el legislador siempre debe cautelar o proteger, incluso preventivamente, la existencia del ser humano que está por nacer y no decidir, como si fuera un asunto discrecional, en qué casos y excepciones, dentro de cuáles plazos, a través de qué medidas o con cuales condiciones lo hará. (...) En definitiva, si ella no fue la opinión dominante [en la Comisión], ese hecho tampoco sirve para sostener lo contrario de lo que propugna el constitucionalismo, como fundamento y finalidad esencial de una civilización que respeta los derechos humanos, comenzando por la vida”.<sup>476</sup> De esta manera, Cea concluye que “el legislador obró en términos coherentes con el constitucionalismo, al dictar la ley N° 18.826 de 1989.”<sup>477</sup> Sosteniendo de esta manera la inconstitucionalidad del aborto, en todas sus formas.

Por otra parte Salvador Mohor sostiene que es aparentemente “la afirmación, según la cual la acción terapéutica que derriba del aborto es, en nuestro sistema penal antijurídica, resulta indubitavelmente válida respecto de aquella que directamente está encaminada a suprimir la vida del *nascturus* para salvar la vida de la madre o su integridad física y psíquica gravemente amenazada por la eventualidad del nacimiento [el aborto terapéutico directo] (...) [Pero] cuando la acción que deriva en la muerte del que está por nacer ha tenido como finalidad específica el tratamiento de la enfermedad de la madre, de manera

---

<sup>476</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “Derecho constitucional chileno”. 2ª ed. Tomo II. Santiago, Chile. Ediciones UC. 2008. P. 103.

<sup>477</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. Ob. Cit. P. 106

que entre ella y el resultado de aborto no existe un nexo causal directo, se ve, aparentemente, favorecida con la justificante que involucra ese específico propósito en el aborto terapéutico”.<sup>478</sup> Quedando solo justificado el aborto terapéutico indirecto, no viendo una prohibición absoluta al aborto

Sin embargo, para este autor, su conclusión es incongruente con la finalidad de la Ley 18.826. Ello porque para él, “la asignación al aborto terapéutico indirecto de la calidad de justificante conduce lamentablemente al fraude de la ley penal y neutraliza las expectativas que legítimamente es posible abrigar respecto a la salvaguarda del que él está por nacer. Su aceptación importaría situar enteramente la solución del problema en el plano moral abandonando la protección de *nasciturus* a la buena voluntad del facultativo. El derecho debe buscar el apoyo y complemento de la moral en el ámbito de protección de bienes y valores fundamentales de una sociedad, pero de ahí a desprenderse gratuitamente de aquellos aspectos relacionados en que su participación es insustituible existe una distancia insalvable. Las exigencias del derecho y la moral se ven perfectamente armonizadas condicionando la exención de responsabilidad penal, en el llamado aborto terapéutico indirecto a la inexistencia de toda culpabilidad vinculada al resultando de muerte del *nasciturus*”.<sup>479</sup> El aborto terapéutico por tanto no sería un tema de justificación si no de inculpabilidad, pues solo así para el autor no habría conflicto con la Constitución.

Otra opinión es la de Luis Rodríguez Collao, quien sostiene que “puesto que la Constitución equipara a la persona nacida y al ser humano en gestación, en tanto a titulares del derecho a la vida, y como éste no es absoluto, tal cual la propia Constitución lo reconoce al permitir la pena de muerte, en principio no

---

<sup>478</sup> MOHOR ABUAUAB, SALVADOR. “Reflexiones en torno a la prohibición del aborto en Chile”. EN: “XX Jornadas Chilenas de Derecho Público”. (26-27 de Octubre de 1989) Tomo II. Valparaíso Chile. Edeval. 1990. P. 401.

<sup>479</sup> MOHOR ABUAUAB, SALVADOR. Ob. Cit. P. 411.

existe inconveniente para que respecto del aborto, al igual que del homicidio, que la ley contemple causales de justificación. Más aún, postular la improcedencia de establecer cualquier causal de justificación para el delito de aborto, manteniendo las que actualmente contempla para el homicidio, significa, ni más ni menos, atribuir mayor valor a la vida en gestación que a la vida del ser humano nacido”.<sup>480</sup> El no justificar o no exculpar estos hechos, implicaría una injusta e inconstitucional preferencia de una vida por la otra.

Bajo esta lógica Rodríguez, deja a fuera el aborto a plazo y las indicaciones eugenésica, ético-social y socioeconómica, al darle un valor superior a una vida respecto de otra y afirma que “la única posible eximente en que no se presenta el impedimento recién enunciado, es la situación conocida como aborto terapéutico. Si el conflicto de intereses se plantea entre la vida de la madre y la vida del individuo en gestación, no existe obstáculo de índole jurídica para que la ley establezca o, para ser más exactos, reponga, dicha causal de justificación. Sin embargo, por lo infrecuentes que según la ciencia médica son las situaciones de verdadero aborto terapéutico, y por el peligro que existe de que bajo esa apariencia se encubran propósitos eugenésicos, no somos partidarios de establecer con carácter general la licitud de aquella indicación. Preferimos, en cambio, que subsista la situación actual, esto es, la ausencia de regulación específica, porque en estas circunstancias los casos en que se actúa para salvar la vida de la madre, pueden llegar a tener efecto eximitorio no en razón de su eventual licitud, sino en virtud de la falta de culpabilidad, por no ser exigible una conducta diversa”<sup>481</sup>. Según lo aquí visto, solo el aborto terapéutico respetaría el principio de igualdad, y al respecto se entiende que crear una justificación expresa, dado lo infrecuente de las situaciones que permiten esta indicación y del peligro de crear una norma para encubrir las demás las otras

---

<sup>480</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. “El delito de aborto frente al Constitución de 1980”. Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIV: 369-387. 1991-1992. P 384.

<sup>481</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. Ob. Cit. P.p. 384-385.

indicaciones, no es apropiado. Es preferible eximir de responsabilidad penal el aborto mediante una causal de inexigibilidad de otra conducta.

Bascuñán sostiene que la tesis presentada por Rodríguez falla por dos razones: “en primer lugar, porque el conflicto de interés como estado de necesidad agresivo, sin atender a su calidad de estado de necesidad defensivo y sin asignar al principio de autonomía rol alguno como límite de ponderación de intereses. En segundo lugar, porque el reconocimiento de una causal de exculpación no es operativa respecto de los terceros que intervienen en la práctica del aborto”.<sup>482</sup> Tal tesis no considera el estado de necesidad cuando quien debe sufrir el daño es el que lo provoca, y de esta manera, además, deja fuera la autonomía de la mujer para decidir por su vida. A esto se le suma la imposibilidad de traspasar una causal de exculpación a un tercero partícipe, sin embargo, el 10 N° 11 puede interpretarse de tal manera que aquello si es posible. Aun así, el problema de que el médico no esté cubierto por una causal de exculpación, existe todavía, pues al parecer, solo mediante una norma expresa el médico podría quedar también eximido de responsabilidad penal.

Precht, por su parte, sostiene que la ley 18.826 es “una conclusión derivada y necesaria del art.19 N°1 inciso segundo de la Constitución. Por ende, su derogación contenida en la moción parlamentaria o iniciativa del Ejecutivo debería ser declarada inadmisibles por inconstitucional, conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, inciso segundo. Igualmente es inadmisibles por inconstitucional la autorización legal para abortos terapéuticos directos en todas sus formas”.<sup>483</sup> Al proteger la Ley Fundamental, según esta lógica, la vida del que está por nacer, es inconstitucional derogar el

---

<sup>482</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P 162.

<sup>483</sup> PRECHT PIZARRO, JORGE EDUARDO. “Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico”. *Revista Chilena de Derecho*. 19 (3): 509-525. 1992. P 522.

actual artículo 119 de Código Sanitario, y también crear una norma que permita el aborto terapéutico directo.

Lo anterior es erróneo según Bascuñán, ya que se entiende que “el rango jerárquico de una norma se reconoce por su procedimiento de generación. La ley 18.826 fue establecida en ejercicio de la potestad legislativa. Luego, es procedente su reforma por norma de rango legal”.<sup>484</sup> No sería entonces un tema de jerarquía de la norma lo que impidiera su reforma.

Alex Van Weezel, sobre este tema, pone énfasis en que si por aborto terapéutico se entiende “realizar un procedimiento donde la muerte de la criatura no es el medio para curar, pero puede sobrevenir como consecuencia no deseada, en mi opinión no es necesario modificar para nada la legislación actual, pues el médico que cumple su deber profesional haciendo lo que el estado de la ciencia médica le indica hacer para intentar salvar ambas vidas, crea para la criatura (y para su madre) un riesgo que está permitido por el ordenamiento jurídico. Se trata de una conducta socialmente adecuada, y por lo tanto ya desde un comienzo no comprendida en el tipo penal. Y para quienes no comparten esta visión del delito, la conducta quedará excluida del ámbito del derecho penal, como muy tarde, al examinar si se halla justificada por el ejercicio legítimo de una profesión. Ni siquiera hay una “colisión de deberes”, pues cuando el médico realiza todo lo que está de su parte para salvar la vida de la madre y la de la criatura, no está dejando de cumplir un deber para satisfacer otro”.<sup>485</sup> No habiendo para el autor problema para que se realice el aborto terapéutico indirecto, pues dentro de los principios del ejercicio de su profesión.

---

<sup>484</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 167.

<sup>485</sup> HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. Ob. Cit. P. 206.

Por eso luego agrega este autor que “si por aborto terapéutico se entiende “matar a la criatura como medio para lograr un buen fin (curativo)”, entonces se requiere mucho más que un cambio legislativo puntual, porque, cualquiera que sea la forma en que se haga, declarar esa acción conforme al ordenamiento jurídico implica declarar que el derecho da a una persona la potestad de decidir sobre la vida y la muerte del que está por nacer, que es posible disponer de la vida de esa criatura matándola, lo cual es algo que el ordenamiento jurídico chileno siempre ha prohibido, aunque el Derecho muchas veces suspenda el juicio de reproche a la persona que actuó en situación de angustia y presión psíquica o incluso física”.<sup>486</sup> De esta manera, de permitirse un aborto terapéutico directo se requeriría de una norma expresa que así lo autorice.

De todas maneras, con o sin reforma Bascuñán opina que en nuestra legislación “las exigencias que impone a la mujer el deber de tolerar el embarazo no tienen parangón con ningún otro deber de solidaridad del ordenamiento jurídico. En la regulación del Código Penal, por ejemplo, no existe el deber general de solidaridad en virtud del cual haya que tolerar la afectación de bienes jurídicos personalísimos. El estado de necesidad agresivo (el paradigma de las causas de justificación que imponen deberes de solidaridad) solo permite justificar la afectación a bienes instrumentales (Art. 10 N° 7). Por su parte, la omisión de socorro (la sanción de la infracción al deber más elemental de la solidaridad) reconoce como límite de sus exigencias que el auxilio requiera detrimento de los propios intereses: nadie está obligado a sacrificarse por socorrer a otro. Y sin embargo, la mujer embarazada debe tolerar la presencia de otro ser dentro de su cuerpo y el aprovechamiento de sus funciones vitales por ese otro ser. Ningún ser humano nacido tiene en el derecho una obligación semejante respecto de otro ser nacido. Esto hace que la pregunta de si el que está por nacer es o no persona, titular del derecho

---

<sup>486</sup> HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. *Ibíd.*

constitucional a la vida, no afecta la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo. Y este deber de solidaridad excede el margen del deber correlativo al derecho a la vida”.<sup>487</sup> Por tanto habría una desigualdad de cargas, al exigir tal deber de solidaridad de la madre para con el hijo.

Por otra parte, dice que, “de imponer la legislación ese deber de solidaridad a la mujer, el Código Penal Chileno sanciona a la mujer que causa o consiente su embarazo. La Constitución de 1980/89 dispone por su parte que la ley debe proteger la vida del que está por nacer, y se encuentra fuera de discusión que desde el punto de vista de la Constitución la sanción penal del aborto es un modo legítimo de protección de la vida del que está por nacer. Luego desde 1981 el deber de solidaridad impuesto por el Código Penal cuenta con una validación constitucional en el sistema jurídico chileno. El punto de partida es, pues, que todo embarazo no consentido implica una situación de estado de necesidad resuelta por el legislador en contra de los intereses de la mujer, contando con el apoyo del orden constitucional. A partir de esto, queda la duda a la luz de la Constitución de hasta dónde puede legítimamente llegar el sacrificio de los intereses de la mujer exigible como medio para salvaguardar el interés de la vida del feto”.<sup>488</sup> No es que no haya que proteger la vida del que está por nacer, la condena al aborto es necesaria, sin embargo, una prohibición absoluta del aborto impone una desigualdad que perjudica a la mujer.

Este autor sostiene que “conforme a la constitución, la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es una exigibilidad diferenciada. La medida de referencia de esa exigibilidad está dada por la propia configuración del conflicto de intereses conforme al fenómeno de la reproducción humana: un cierto margen y grado de afectación de intereses personalismos de la mujer es inherente al estado de embarazo. La exigibilidad del deber de tolerar el embarazo implica la

---

<sup>487</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”.. *Ibíd.*

<sup>488</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ob. Cit. P.* p. 167-168.



exigibilidad de la afectación de esos intereses, en ese margen y grado. [Por lo tanto] cualquier situación en la que origine para la mujer el sacrificio de sus intereses por encima del margen y grado determinado por la medida anterior pone en cuestión la exigibilidad del deber de tolerarlo”.<sup>489</sup> El embarazo por naturaleza implica que la mujer se vea afectada, por molestias físicas, psíquicas etc. las cuales la madre debe tolerar. Pero lo anterior, no es razón para una negación absoluta del aborto, pues hay un límite en que se ve tan vulnerada la mujer que no se le puede obligar a continuar con el embarazo.

Es por ello que él concluye que “desde 1989, con la modificación del artículo 119 del Código Sanitario, el legislador chileno ha pretendido sacrificar unilateralmente los intereses de la mujer -cualquiera sea su margen y grado- a favor de la vida del *nasciturus*. Esa exigibilidad absoluta del deber de tolerar un embarazo es manifiestamente inconstitucional. El orden constitucional exige ponderación de los intereses en conflicto bajo un mandato de optimización. Los supuestos de inexigibilidad del deber de tolerar el embarazo son la expresión de esa ponderación.”<sup>490</sup> Por lo tanto, la interpretación de una negación absoluta del aborto está en contra de los principios fundamentales de nuestra Carta Fundamental.

En el caso específico del aborto terapéutico Bascuñán dice que “el deber de solidaridad impuesto por el legislador a la mujer es del deber de tolerar el embarazo. Esto implica tolerar la afectación de sus intereses personalísimos dentro del umbral que es inherente a todo embarazo. Si en el caso concreto la intensidad de la afectación de sus intereses personalísimos rebasa ese umbral, deja de ser exigible el deber de tolerar el embarazo. El estado no puede imponer legítimamente un deber de solidaridad supererogatorio a las exigencias que son propias del embarazo. A la mujer embarazada no le es exigible más

---

<sup>489</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 172.

<sup>490</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ibíd.*

sacrificio de su integridad corporal y salud que el que impone por regla general un embarazo. [Por lo tanto], en todos los casos en que sea apreciable un exceso manifiesto por sobre ese umbral, no es exigible el deber de tolerar el embarazo. Conforme a la Constitución debe dejarse entregada a la autonomía de la mujer la decisión acerca de la prolongación o interrupción de ese embarazo”.<sup>491</sup> Nada que afecte a tal nivel la autonomía de la mujer, puede ser declarado constitucional.

Sin embargo, Van Weezel, opina que para legitimar el aborto en Chile “se requeriría una subversión de los bienes y valores sobre los que descansan la sociedad y su ordenamiento jurídico, que siempre han considerado a la criatura aún no nacida como un sujeto y no como un objeto de derechos”.<sup>492</sup> Idea que no compartimos, pues hemos sido reiterativos en que de ser así, no creeríamos que el aborto terapéutico tendría cabida en una causal de exculpación o disculpaste, donde la ponderación de intereses no tiene relevancia porque ambas vidas tienen mismo valor.

Bascuñán concluye al respecto, que puede haber dos puntos de vista. Uno es considerar que “el carácter jurídicamente vinculante de la constitución (Art. 6 CPR.) implica el reconocimiento de un sistema de control difuso de constitucionalidad, entonces las consecuencias normativas aquí expuestas tienen plena operatividad judicial. Aquí la inconstitucionalidad del Art. 119 del Código Sanitario puede y debe ser declarada por cualquier tribunal, y en consecuencia puede y debe reconocerse como causa de justificación, por colisión de derechos fundamentales, la indicación que se estime suficientemente justificada por el peso específico del interés personalísimo de la

---

<sup>491</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 175.

<sup>492</sup> HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. *Ibíd.*

mujer comprometido en el caso”.<sup>493</sup> Esta declaración sería fácil y sin muchos cuestionamientos.

El segundo punto de vista que expuso este autor es sostener que el derecho chileno establece un sistema de control concentrado de constitucionalidad en que la ley y los tribunales carecen por regla general de competencia para declarar la inconstitucionalidad del Art. 119 del Código Sanitario. “En tal situación la defensa del acusado de la comisión de un aborto consentido debería promover un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o promover el conocimiento del caso por una sala de la Corte Suprema para que esta ejerza de oficio esa competencia. [Aquí] no basta invocar el Art. 10 N° 10 del Código Penal para eludir el Art 119 del Código Sanitario sin declarar inaplicable por inconstitucionalidad el Art. 119 del Código Sanitario no es posible constituir una causa de justificación suprallegal o por referencia a la ética médica”.<sup>494</sup>

Pero para Bascuñán hay una tercera vía para hacer operativo el sistema de indicaciones .El tener dos consideraciones jurídicas sobre el aborto consentido: su consideración como delito y su consideración como infracción sanitaria. Esto se explica porque “dado que la exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo es incompatible con la Constitución, el intérprete de la legislación debe de reducir al máximo esa incompatibilidad con una lectura conforme a ella. Siendo la manera más expedita, desde este punto de vista sistémico, para reducir la inconstitucionalidad del actual Art 119 del Código Sanitario el limitar su potencial sancionador a la rama del derecho a la cual pertenece, el derecho

---

<sup>493</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P. 180.

<sup>494</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ibíd.

sanitario”.<sup>495</sup> Es decir, lo que le correspondería al médico es una sanción por la vía del Código Sanitario y no por la vía del Código Penal.

Juan Pablo Hermosilla siguiendo esta misma línea, declaró que para no penalizar las hipótesis de aborto terapéutico “no es necesario modificar la ley, pero podría ser bueno reponer el texto original del artículo 119 del Código Sanitario para evitar dudas al respecto. En su opinión, el médico que realiza una acción destinada a proteger la salud y la vida de la madre, que implica la muerte del feto, no realiza una acción matadora propia del tipo del aborto, sino que una acción sanadora conforme a la *lex artis*, adecuada a derecho y amparada en el artículo 10 N° 7 del Código Penal (estado de necesidad). Habitualmente concurrirán hipótesis de inculpabilidad, además, si se pensara en descartar los argumentos precedentes”.<sup>496</sup> Todo esto sería un trabajo de argumentación respecto a los motivos del aborto, haciendo innecesaria una reforma jurídica.

Bascuñán termina por afirmar que “en tanto no sea declarada inaplicable por inconstitucional, la prohibición establecida en el Art. 119 del Código Sanitario debe ser reconocida por el tribunal. Sin embargo, en una interpretación conforme a la Constitución, este reconocimiento debe producir el mínimo efecto jurídico posible. Ese es su efecto como norma sanitaria sancionadora. La infracción a lo dispuesto por el Art. 119 del Código Sanitario acarrea la sanción establecida en el Art. 174 del mismo código, una multa de un sueldo vital mensual hasta dos sueldos vitales anuales”.<sup>497</sup> Para el autor, esta interpretación y aplicación del artículo 119 del Código Sanitario, no sería contrario a los principios constitucionales.

---

<sup>495</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Ob. Cit. P.p. 180-181.

<sup>496</sup> HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. Ob. Cit. P. 206.

<sup>497</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. *Ibíd.*

Van Weezel explica que aquí se suele producir “una confusión debido al denominado “finalismo” en derecho penal. Como el dolo se extiende también a las “consecuencias seguras” de una conducta, cuando alguien actúa con la intención de alcanzar un objetivo, pero sabe que adicionalmente se producirá otro efecto, también tendría dolo respecto de este efecto (en este caso, respecto de la muerte del *nasciturus*). Pero en este razonamiento falta una pieza fundamental: la categoría penal del dolo solo tiene sentido cuando se refiere a un hecho que objetivamente es una perturbación social relevante para el derecho penal, por lo cual lo primero no es saber si alguien actuó o no con dolo, sino si creó un riesgo prohibido por el derecho. Y el riesgo de muerte de la criatura en casos de interrupción del embarazo no está prohibido por el derecho penal, en la medida que exista indicación médica de realizarla, conforme a la *lex artis*.”<sup>498</sup> De esta manera, si por ocasión de interrupción del embarazo por peligro de la vida de la madre el feto muere, no tendría sanción penal, ni sería contraria de los principios que rigen la profesión del médico.

Novoa agrega, que en el caso que estén en peligro la vida de la madre y del que está por nacer, prima la vida de la madre. Señalando además “desde el punto de vista del Derecho positivo, la argumentación tiene algún apoyo. Según el artículo 74 del Código Civil, la existencia legal de toda persona principia al nacer, lo que se entiende sucedido cuando se ha separado completamente de su madre. Por consiguiente, antes del nacimiento la criatura humana no es persona. A lo anterior debe agregarse el artículo 345 del Código Penal, que implícitamente admite el llamado aborto terapéutico, cuando sanciona el que causa un facultativo únicamente en los casos en que abuse de su oficio, la expresión sería inútil si no se admitiera un aborto terapéutico por ley”.<sup>499</sup> Definir desde cuando inicia la vida del que está por nacer desde la perspectiva del derecho civil, para nosotros no corresponde, todas vez que estaríamos

---

<sup>498</sup> HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. *Ibíd.*

<sup>499</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Ob. Cit.* P. 361.

haciendo prevalecer el derecho privado por sobre el derecho público, cuestión que no tiene sentido.

Podemos afirmar con todo lo visto en primer lugar que aunque la constitución proteja la vida del que está por nacer, ello no implica una prohibición absoluta del aborto, tal como se puede deducir de las lecturas de las actas constitucionales. De esta manera, no hay duda en sostener que por lo menos la indicación terapéutica no quebrantaría tal precepto constitucional.

Vemos además, el Código Sanitario y el Código Penal prohíben el aborto, sin embargo, esto no es fundamento para excluir el aborto terapéutico, ya que no sería contrario a la *lex artis*, y por otra parte el Código Penal habla de realizarlo “maliciosamente”, cosa que no ocurre cuando un médico se enfrenta a una decisión como esta.

Además se pudo observar que artículo 119 del Código Sanitario conlleva una sanción al mala práctica del aborto específica de este código no siendo de tipo penal.

Según los autores revisados, no sería necesaria una reforma legal ni constitucional para permitir el aborto terapéutico, pues este no sería contrario a la *lex artis*, entre otros argumentos. Creemos que una interpretación de este tipo, haría difícil una defensa ante tribunales, por lo tanto, es mejor que nuestra legislación contenga una norma expresa que exima de responsabilidad en el caso del aborto terapéutico. Y aunque según nosotros, cumpliría este rol el artículo 10 N° 11 de Código Penal, es mejor una ley clara, la cual no estaría en contra de la sistematización ni la lógica de nuestro sistema legislativo.

Debemos terminar aquí diciendo que rechazamos las interpretaciones que le dan un mayor valor a la vida de la madre pero también rechazamos aquellas que le dan más valor a la vida del que está por nacer. Ambas posturas son erradas y contrarias a la constitución, por un lado, porque la carta fundamental,

protege la vida del que está por nacer y por lo tanto se debe hacer lo posible para evitar el aborto, y por otra parte, el prohibir el aborto estaría contra la igualdad de carga y la autonomía de la mujer respecto a su capacidad de querer soportar los peligros que conllevaría un embarazo riesgoso, nadie está obligado a lo imposible. Además, como sostienen algunos autores aquí vistos, tal deber de solidaridad no se exige en los casos de conflicto de dos vidas entre ya nacidos, donde un homicidio puede quedar impune, entonces, el obligar a la madre a sacrificar su integridad física o psíquica e incluso su vida por el que está por nacer no es coherente con esta lógica.

### **6.3. Principales argumentos doctrinales sobre la existencia del aborto terapéutico.**

Ya visto lo anterior somos, capaces de realizar una recopilación de los fundamentos en pro y en contra del aborto terapéutico y del aborto en general en la doctrina chilena. Para esto nos apoyaremos en un artículo escrito por María Magdalena Ossandón.

Veremos en este análisis que los argumentos buscarán explicar cuando se considera que empieza la vida y cuando según la ley determina que se es persona y con ello, sujeto de derecho a la vida, más que en esforzarse en encontrar vacíos legales para permitir el aborto.

No pretendemos aquí tomar partido por una u otra postura, solo exponerlas para que el lector se forme su propia opinión al respecto.

#### **6.3.1. Argumentos para negar la personalidad del no nacido y su derecho a la vida**

1. Ossandón pone como argumento que “de acuerdo con el artículo 1º CPR, las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, lo que significa que

la personalidad se adquiere con el nacimiento”.<sup>500</sup> Antes de nacer, por lo tanto no son sujeto de derechos.

2. Otro argumento sería lo expuesto por Etcheberry quien opina sobre el artículo 10 N° 1 de la Constitución el cual hace distinción entre el derecho a la vida de las personas y la protección de la vida del que está por nacer. Al respecto declaró que “hay pues, un reconocimiento a la vida del que está por nacer, y una obligación legal de respetarla y protegerla, pero sin que se asigne a aquel el estatuto jurídico de persona. (...) Existe por cierto, vida humana, que debe ser respetada y protegida pero legalmente no confiere todavía la calidad de persona”.<sup>501</sup> Si el que está por nacer fuera persona y tuviera el derecho a la vida no habría tal distinción.

3. Está también lo sostenido por Figueroa, que indica que “la Constitución ordena proteger la vida, no el derecho a la vida del *nasciturus*. Proteger la vida no implica proteger el derecho a la vida. Una ley puede prohibir cazar ciertas especies; al hacerlo protege su vida pero no su supuesto derecho a la vida”.<sup>502</sup> Por lo tanto, el que está por nacer, no sería sujeto del derecho a la vida.

4. Como ya se ha señalado y también lo dice Ossandón, otro fundamento es que “la intención del constituyente, que en relación con la vida del que está por nacer no pretendía consagrar una prohibición absoluta de atentar contra ella, como si lo haría respecto de la vida del nacido. En particular, la redacción del artículo 19 N° 1 refleja la posición mayoritaria dentro de la comisión en orden a rechazar la proscripción absoluta del aborto”.<sup>503</sup> No sería la intención del constituyente penar todo tipo de aborto.

---

<sup>500</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 347.

<sup>501</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. Tomo III. P.p. 92-93.

<sup>502</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. “Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto”. *Revista de Derecho*. Universidad Austral de Chile. XX (2): 95-130. 2007. P. 120.

<sup>503</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 348.



5. Figueroa opina además que haciendo una interpretación sistemática sobre concepto persona, “no hay en la Constitución ningún indicio de que la palabra persona se aplique al *nasciturus*”.<sup>504</sup> De otra manera, la distinción realizada en el artículo 19 N°1 de la Constitución no hubiera sido necesaria.

6. Ossandón agrega a esta lista la idea de que “sostener que el que está por nacer se encuentra contenido en los dos incisos del art. 19 N° 1 CPR, implicaría conferirle una protección mayor que a los seres humanos nacidos: mientras que respecto del primero se estaría estableciendo tanto el derecho constitucional a la vida como un mandato constitucional de protección legal, respecto de los seres humanos nacidos solo se establecería el primero. De este modo se infringe el principio de igualdad reconocido en el artículo 19 N° 2 de nuestra Constitución”.<sup>505</sup>

7. Figueroa encuentra otro fundamento en el artículo 74 del Código Civil, y afirmó que “desde el punto de vista de las normas jurídicas vigentes, el Código Civil claramente estipula que la existencia legal de la persona principia con el nacimiento. La doctrina mayoritaria no ha proporcionado razones atendibles de por qué habríamos de hacer caso omiso de esas reglas”.<sup>506</sup> De la misma forma Etcheberry dijo que el Código Civil “declara que protege la vida [del que está por nacer], al que no mira como una simple cosa, ni finge ignorar su existencia, ni lo estima simplemente parte del cuerpo materno: reconoce que tiene vida, pero fija una regla para considerarlo persona, que es el nacimiento”.<sup>507</sup> Según el Código Civil, antes del nacimiento, el que está por nacer no tiene los derechos que a la persona se le otorgan.

8. Etcheberry opina además, que de considerar persona al que está por nacer “dejarían de tener aplicación, por inconstitucionales, todas las

---

<sup>504</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. Ob. Cit. P. 118.

<sup>505</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 348.

<sup>506</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. Ob. Cit. P. 118.

<sup>507</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. Tomo III. P. 92.

aplicaciones penales relativas al delito de aborto: no habría, en efecto, diferencia alguna entre dar muerte a una persona antes del parto o después del parto: se trataría siempre de alguna de las variedades el homicidio, que es causar muerte a una persona”. Tesis irónica pero se condice con la lógica de hacer diferencia entre los conceptos de “persona” y de “el que está por nacer”.<sup>508</sup>

9. Está también como fundamento la opinión de Figueroa que declaró que “debe descartarse la suposición naturalista que atribuye titularidad al solo hecho de ser. Como es sabido, no podemos derivar lógicamente un deber ser de un hecho bruto. En consecuencia, desaparece la vinculación necesaria (como pretende ese argumento) entre vida, derecho a la vida y ser humano y se deja espacio para definiciones no necesarias sino jurídico-políticas sobre el derecho a la vida, como son las que han tomado diversos ordenamientos jurídicos, incluyendo el chileno. La titularidad del derecho a la vida es consecuencia de decisiones políticas, como en todos los demás derechos. Los ordenamientos jurídicos confieren derecho a la vida a ciertos titulares, no a todo ser vivo (por lo pronto, a ninguna especie que no sea humana)”.<sup>509</sup> Una cosa es el tener vida y otra tener el derecho a la vida, que en el caso de Chile, solo lo tendría aquel que ya nació. Quien es titular del derecho a la vida es un tema de la política del momento.

10. si vamos a un aspecto más biológico Bascuñán opina que “lo particular del embrión es su potencialidad de llegar a ser un individuo de la especie humana bajo ciertas condiciones. Pero esto no se debe a que sus células tengan una propiedad específica, sino todo lo contrario. Se debe a que aún no han sufrido el proceso de diferenciación y especificación que caracteriza el desarrollo del organismo humano. El surgimiento de los rasgos constitutivos de

---

<sup>508</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob. Cit. Tomo III. Ibíd.

<sup>509</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. Ob. Cit. P. 123.

la individualidad biológica requiere precisamente algún grado de diferenciación y especificación celular. La potencialidad del embrión es la demostración de su falta de individualidad, en el sentido de la individualidad ontológicamente presupuesta por la condición de persona”.<sup>510</sup> El embrión no ha terminado su proceso de diferenciación celular y por lo tanto, aunque sea un ser vivo único, no lo hace distinto a cualquier ser vivo, de esta manera no puede ser considerado persona.

11. Respecto al punto anterior, Figueroa es más drástico y dice que recién fecundado ni siquiera hay un individuo, esto basado en que “el ovocito fecundado puede tener diversos destinos: puede transformarse en una mola y no desarrollarse como individuo, puede dar lugar a varios individuos (por gemelación), puede dar lugar a un solo individuo, etc. Esto último se sabrá hacia el día 14”.<sup>511</sup> De esta manera que en ese momento sea considerado persona es algo anticipado.

12. Bascuñan agrega a lo anterior que “no se deduce la identidad entre el embrión preimplantacional y el ser humano nacido. Esto es obvio. Todos los árboles y las flores fueron antes una semilla; de ahí no se deduce que las semillas sean árboles o flores. Pretender lo contrario es incurrir en una falacia retrospectiva”.<sup>512</sup> Además nadie asegura que la mórula se implante.

13. Volviendo a ámbito del Derecho, Figueroa tiene como otro argumento para decir que el que está por nacer no es persona, que “en la jurisprudencia constitucional comparada e internacional jamás un tribunal ha declarado que el

---

<sup>510</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “La píldora del día después ante la jurisprudencia”. Revista Estudios Públicos, (95): 43-89. 2004. P. 51.

<sup>511</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. Ob. Cit. P. 119.

<sup>512</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “La píldora del día después ante la jurisprudencia”. Ob. Cit. P. 50

*nasciturus* sea persona”.<sup>513</sup> Y no tiene por qué hacerlo la jurisprudencia nacional.

14. Por ultimo Figueroa dice que la idea del que está por nacer, proviene de la “orientación religiosa que suscriben los diversos autores, según la cual el ser humano recién concebido debe ser valorado de igual manera que el ser humano ya ha nacido. Dicho de otro modo: desde que existe un ser humano, su valoración moral debe ser la misma cualquiera que sea su etapa de desarrollo”.<sup>514</sup> No hay fundamento más que la moral para afirmar que el que está por nacer es persona, sin embargo, hay razones biológicas y legales para poder afirmar lo contrario. Ahora, esto no implica que el que está por nacer no tenga derechos, pero no al nivel de una persona ya nacida.

### **6.3.2. Argumentos para afirmar la personalidad del no nacido y su derecho a la vida**

1. Como primer fundamento tenemos lo dicho por Carrasco, para esta autora “se puede decir con bastante certeza que desde el momento de la concepción de un ser humano comienza un proceso de crecimiento ininterrumpido, que puede tener fases pero no quiebres que permitan decir que se acabó un proceso y comenzó otro. Desde la concepción hay un mismo ser humano, que luego nace y años más tarde estudia en la universidad, y aunque tenga 85 años, conserva su identidad numérica con el individuo concebido. En el mundo de la ciencia ya nadie duda de que desde el momento de la fecundación haya vida humana”.<sup>515</sup> Desde la concepción inicia la vida de un ser único, la cual no tiene etapas, y por lo tanto desde un principio será persona.

---

<sup>513</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. Ob. Cit. P. 118.

<sup>514</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. Ob. Cit. P. 116.

<sup>515</sup> CARRASCO. ALEJANDRA. “La píldora y la bioética en Chile”. *Revista Estudios Públicos*. (96): 325-344. 2004. P. 336.

2. Ugarte, respecto a la idea de que el cigoto no sería persona por la posibilidad de gamelación, y por lo tanto, no sería individuo, responde que, “cualquiera que sea la causa del gemelismo monocigótico, su carácter excepcional demuestra que se trata de un error biológico que tiene lugar en el desarrollo precoz de un embrión humano, y que lo lleva a dar origen a otro embrión, y no de la generación de dos embriones a partir de un sistema matriz carente de individualidad en cuanto organismo humano. Un primer embrión, que no deja por ello de seguir su propio e individual desarrollo, origina un segundo embrión en un momento dado”.<sup>516</sup> Sin importar si posteriormente surgen dos embriones, ya es un individuo y por lo tanto persona.

3. Dentro de los argumentos legales, está el entregado por MacIver, quien refiriéndose al artículo 5º inciso segundo CPR que dispone que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana afirma que “tanto en su texto primitivo, como en el que tiene luego de la reforma constitucional de 1989, protege el derecho a la vida de la persona humana desde la fecundación”.<sup>517</sup> El que está por nacer pertenece a especie humana por lo tanto también está protegido.

4. Silva Sánchez, siguiendo con los argumentos de Derecho, sostiene que para ser sujetos de derechos constitucionales “la opción por el requisito de ostentación de determinadas propiedades incurre, en todo caso, en el error de asociar los presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad por las acciones y para la asignación de derechos. Parece, desde luego, que la conciencia de uno mismo ha de ser presupuesto de la atribución de deberes (ser “persona” a los efectos de la responsabilidad). Pero adoptar ese mismo punto de partida para la atribución de derechos (ser persona a los efectos de la

---

<sup>516</sup> UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUIN. “Momento en que el embrión es persona”. Revista Estudios Públicos.(96): 281-323. 2004. P. 298.

<sup>517</sup> SILVA MAC IVER, JAIME. “El nasciturus y le derecho a la vida”. Revista de derecho público de la Universidad de Chile.(57-58): 177-198. 1995. P. 190

protección) conduce a que, junto a la persona en sí, se admita la existencia de un sinnúmero de no-personas o cuasi-personas (niños, enajenados, seniles) de status cuestionable. Pues bien, la única forma de evitar esto es reconocer que “el destinatario de la obligación es cada miembro de la especie humana, no los individuos conscientes, aunque los responsables de obligaciones morales sean los sujetos conscientes y no cada miembro de la especie humana”.<sup>518</sup> La falta de desarrollo del embrión no le quita su calidad persona y por ende que sea titular de los derechos, no siendo necesario tener que ser además titular de obligaciones.

5. Ossandón agrega dentro de estos argumentos jurídicos que “la equivalencia en el valor de la vida antes y después de nacer no significa la inconstitucionalidad de las disposiciones relativas al delito de aborto, pues existen divergencias, más allá del valor del bien jurídico, que justifican un tratamiento diferenciado”.<sup>519</sup> De esta manera para el autor no los argumentos para discutir sobre el aborto no estarían fundamentados de igualdad o desigualdad de esas vidas si no en las circunstancias que lo provocan.

6. Corral argumenta que “el art. 1 utiliza el vocablo persona en su noción institucional, como “base de la institucionalidad”, según reza el epígrafe del capítulo I en el que se inserta. Al hablar, por ejemplo, de que el Estado está al servicio de la persona, no puede sino estar pensando en el ser humano y en cualquier ser humano. El primer párrafo necesariamente, por su contexto y por su historia, se refiere a la persona como ser con dignidad anterior a las determinaciones y elaboraciones jurídicas. La mantención del término “nacem” no puede operar una limitación a esa noción sustancial de persona, ya que, como es conocido, su inclusión obedece a una reminiscencia histórica a la

---

<sup>518</sup> SILVA SÁNCHEZ, MARÍA JESÚS. “Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del status personae”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (9): 1-19. 2007.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>. P.10

<sup>519</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 352.

esclavitud”.<sup>520</sup> A lo anterior el autor agrega que “nos tocó alertar en su momento a los legisladores de las confusiones que podrían provenir de mantener el vocablo "nacen" al introducir el de "personas" en el texto del art. 1. Frente a ello, en el Parlamento se dejó expresa constancia de que con la modificación sólo se perseguía enfatizar la igualdad de sexos y no alterar de modo alguna el estatus constitucional del no nacido”.<sup>521</sup> No es condición el nacer para ser persona y tener derechos, el que se use el la palabra “nacen” viene de un resabio histórico y se utilizó para con el objeto de no hacer diferencias de genero quedando por lo tanto no ay diferencia entre el nacido y el que está por nacer.

7. Ossandón agrega también que “en la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional, si bien es notorio que se optó por rechazar una prohibición absoluta del aborto, no es menos cierto que la intención fue solo la de dar la posibilidad de flexibilizar esa prohibición. Sobre la base de que el no nacido tendría derecho a la vida (cuestión que se formuló explícitamente por varios y que ninguno objetó) la opción fue no pronunciarse. Por lo demás, no se adoptó ningún acuerdo en la materia que permita hablar de la voluntad del constituyente, sino que las actas se limitan a dejar constancia de las opiniones divergentes de los comisionados”.<sup>522</sup> El que no hubiera una prohibición absoluta al aborto no significa que el legislador opinara que el que está por nacer no era persona y no tuviera derecho a la vida.

8. Rodríguez Collao argumenta que respecto al artículo 19 de la Constitución, “la norma referida libera al intérprete de tener que recurrir a textos extra-constitucionales para dilucidar si el no nacido queda considerado entre aquellos individuos a quienes se reconoce el derecho a la vida, porque aun cuando se estimara que el inciso primero del artículo 19 N° 1 se refiere exclusivamente a

---

<sup>520</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”. *Revista Us et praxis, U. de Talca*. Año 11 (1): 37-53. 2005. P. 45.

<sup>521</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Ibíd.*

<sup>522</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. *Ob. Cit.* P. 353.

las personas nacidas, el inciso segundo despeja cualquier duda al mencionar de modo expreso al *nasciturus*. Más aún, como el artículo que comentamos tiene por objeto reconocer derechos, aquella mención no puede tener otro propósito que no sea el de reconocer al no nacido la calidad de titular de los derechos que la misma norma consagra. En consecuencia, aun antes del parto, el ser humano es titular de un derecho a la vida”.<sup>523</sup> De esta forma, sería errónea la interpretación que tiene la doctrina pro aborto, que afirma que si tuvieran la misma calidad y derechos el nacido como en no nacido, no habría tal distinción en la norma.

9. Respecto al vocablo “persona” y los diversos términos en que se utiliza (como persona jurídica o natural y por otro lado persona humana) Núñez opina que “considerando que la ley marca el inicio de la existencia legal de las personas naturales en el momento del nacimiento, y su fin en la muerte, la única forma de configurar un concepto de “persona humana” más amplio que el de “persona natural” sería haciéndolo extensivo a los individuos de la especie humana vivos aún no nacidos, es decir, al *nasciturus*. Luego, a partir de la propia Constitución, se puede concluir que el concepto de persona humana abarca a todo individuo de la especie humana, desde el inicio de su existencia hasta el término de ésta. Y no se ve razón alguna para desatender a una interpretación como ésta -sistemático finalista, elaborada a partir de los propios preceptos constitucionales-, aludiendo a normas infraconstitucionales”.<sup>524</sup> La palabra “persona” que utiliza el artículo 1° de la Constitución se refiere a “persona humana” abarcando también al que está por nacer.

10. Respecto al argumento de que en el derecho civil se dice que la vida comienza al nacer, Corral opina que esta “insistencia en que el art. 74 del Código Civil niega personalidad al que está por nacer desconoce la virtualidad

---

<sup>523</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. Ob. Cit. P 380.

<sup>524</sup> NUÑEZ LEIVA, JOSÉ CASTRO. “Estatuto constitucional del embrión humanos”. Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios. (2): 67-86. 2010. P. 80.



del precepto del art. 55 que define como persona a todo individuo humano. Hasta la doctrina civil está dejando atrás el concepto técnico de personalidad limitada a la esfera patrimonial. Menos aceptable es que se intente aplicar la concepción formalista de persona en el plano constitucional y de los derechos humanos en los que, como hemos visto, el término alcanza su actual significado de sustento institucional de todo el orden jurídico”.<sup>525</sup> El fundamento de negar la calidad de persona al que está por nacer basado en artículo 74 del Código Civil no corresponde a la lógica de nuestra legislación y no respetaría los Derechos Fundamentales de los que son titulares todo individuo de la especie humana.

11. Nuñez siguiendo con la idea de que la noción de persona humana comprende al *nasciturus* y que el artículo 19 N° 1 lo hace titular del derecho a la vida, agrega que “el inciso segundo de la mencionada norma tiene un claro sentido. Por una parte, no se trata de una disposición superflua, puesto que, en este entendido, dos importantes efectos jurídicos pueden extraerse de ella. En primer lugar, se trata de una reserva legal en virtud de la cual cualquier norma que proteja o comprometa la protección de la vida del que está por nacer debe emanar de la potestad legislativa y no de cualquier otra fuente formal del Derecho. Se trata entonces, por una parte, de la aplicación a la protección de la vida del aún no nacido de un instituto jurídico constitucional que se emplea con frecuencia a la hora de suprimir, en razón de la importancia del objeto regulado, la participación de las fuentes del derecho no legales en su regulación). [Y] en segundo lugar, implica también un mandato de protección permanente al legislador, aunque con perfiles amplios y sin un contenido pre-configurado sobre la vida del que está por nacer, sin que esto signifique una discriminación en contra de los ya nacidos. En efecto, frecuentes son en Derecho las disposiciones que ordenan una especial protección sobre ciertos bienes, sin sustraerlos necesariamente de una categoría general ni perjudicar su

---

<sup>525</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Ob. Cit. P. 39-40.

estatus”.<sup>526</sup> La constitución por lo tanto, no solo reconocería protección al nacido sino también al que está por nacer, teniendo ambos estatus de persona, no teniendo mayor importancia la referencia expresa que se hace en el artículo 19 N° 1 de la Constitución en su inciso segundo.

12. Núñez agrega que dado el argumento anterior “resulta absurdo pensar que aquellas remisiones que con frecuencia hace la Constitución a la ley, para que desarrolle o complemente sus disposiciones, permiten disminuir o limitar su ámbito de protección o titularidad”.<sup>527</sup> No es posible que si hay una orden constitucional de proteger la vida del que está por nacer, se permitan leyes contrarias a esta.

13. Ossandón por otra parte agrega a esta lista que “el derecho a la vida y al reconocimiento de la personalidad están consagrados en una serie de instrumentos internacionales plenamente vigentes en nuestro país, y en relación con todo ser humano”.<sup>528</sup> Como el “Pacto de San José de Costa Rica” que siendo ratificados por Chile pasan a ser parte del orden jurídico del país, y de esta manera hay más normas que otorgan al que está por nacer la calidad de persona y no solo la Constitución.

14. Otro fundamento que nos da Ossandón es que “el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución, en consonancia con las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, incluye al que está por nacer cuando asegura el derecho a la vida, quien es persona desde el declarado que el no nato debe ser considerado como persona”.<sup>529</sup> Hay así una coherencia entre la legislación chilena y los tratados ratificados por este país.

---

<sup>526</sup> NUÑEZ LEIVA, JOSÉ CASTRO. Ob. Cit. P.p. 81-82.

<sup>527</sup> NUÑEZ LEIVA, JOSÉ CASTRO. Ob. Cit. P. 82.

<sup>528</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 355.

<sup>529</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ibid.

15. La autora también agrega que “la supuesta falacia retrospectiva que algunos denuncian se sostiene solo en atención a una particular forma de definir los términos de comparación; así, una semilla no es lo mismo que un árbol. Pero hay que añadir: no es lo mismo en sus aspectos accidentales, fenotípicos. Sin embargo, son una misma realidad; en la semilla está actualmente el mismo organismo del árbol. De igual modo, el embrión que tiene la potencialidad para adquirir las perfecciones humanas y, por tanto, la capacidad actual para adquirirlas, es esencialmente idéntico al que ya las ha adquirido. Es el mismo sujeto, tal como un niño y un adulto. En consecuencia, no es que el cigoto sea un ser humano en potencia, sino que es un organismo humano en la primera fase de su ciclo vital”.<sup>530</sup> Desde este punto de vista, se es ser humano desde la concepción, pues ya ahí posee todos los elementos para ser persona.

16. Por último debemos poner acá lo dicho por Sánchez-Ortiz quien respecto a los argumentos dados por lo por aborto “cabe pensar que en la opinión generalizada en la actualidad prima una visión ideológica que prescinde incluso de los datos científicos. En efecto, todos los intentos de no reconocer el carácter de persona humana al no nacido han de afrontar la difícil tarea de negar que allí exista vida humana; una vida humana que condiciona la de quien es portador del no nacido mediante la experiencia de la maternidad como dato biológico indudable. En tal sentido, se diga lo que se diga, se llame preembrión, feto, material reproductivo o como se quiera, ese manojito de células se mueve, «e pur si muove», se podría decir con la vieja objeción. Cabe sostener que negar dichos datos científicos responde a una visión ideológica, por cuanto es propio de las ideologías subordinar la verdad a la praxis, sacrificar cualquier bien o valor en aras de construir un proyecto social ajeno a tales realidades. En un discurso ideológico los datos que interesan son los de la eficiencia para

---

<sup>530</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ibid.

obtener los objetivos propuestos. Lo demás es prescindible, aunque sea a costa de sacrificar la misma coherencia lógica de lo que se afirma. Y de aquí al sofisma no hay más que un paso. De este modo, los datos de la ciencia – incluso el lenguaje mismo– ceden, pues se tornan en evidencias molestas contra el objetivo ideológico, por lo que no tardarán en verse modificados”.<sup>531</sup> No habría fundamento científico para decir que no nato es un no vivo y por ende no un ser humano, aquellos que buscan la legalización del aborto asolo utilizaría argumentos ideológicos.

### **6.3.3. Conclusiones de este análisis.**

Luego del análisis Ossandón termina concluyendo que “nuestra Carta Fundamental no resuelve el tema de modo fehaciente, y existen diversos argumentos para las dos posiciones. La primera se construye, fundamentalmente, por una interpretación más literal y que atiende a la sistemática interna del art. 19 N° 1; la segunda responde a criterios sistemáticos más amplios”.<sup>532</sup> No basta con leer el precepto que ordena proteger la vida del que está por nacer, sino que será necesario ir más allá y estudiar también la historia de la ley.

Vemos que aquí no solo hay argumentos jurídicos, que es lo que nos convoca, sino también científicos, en específico, se utilizan datos biológicos para fundamentar una u otra posición. Temas como la anidación, o el hecho de que desde la concepción hay un código genético único distinto al de la madre o al padre deben ser tomados en cuenta.

---

<sup>531</sup> SANCHEZ-ORTIZ, PABLO. “¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (11): 1-23. 2009. <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf>. P.17.

<sup>532</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 356.

Para nosotros no parece curioso en toda esta discusión, que ambas posiciones se refutan una a la otra que solo sostienen sus fundamentos en principios morales o ideológicos y no fácticos y realistas.

Lo que si encontramos importante, que aún cuando ni ley ni la ciencia permiten sostener fehacientemente que el que está por nacer es persona, ninguna de las dos posiciones niegan que esta vida se encuentra protegida. Aquello no está en discusión, sobre todo porque hay un mandato constitucional que ordena este deber al legislador, y por tal razón, es que no sostenemos que la vida del que está por nacer tenga menor importancia que la vida de la madre, pero tampoco con una relevancia tal que pueda a llegar a obligar a la madre a sacrificar su vida o su salud (sea física psicológica) en beneficio de este. Decimos, por lo tanto, que ambos tienen la misma importancia y seguimos la idea de Bascuñán de que si es justificado o exculpado el homicidio entre ya nacidos, también debería poder serlo entre el nacido y el no nacido, una prohibición absoluta, sería contrario al principio de igualdad.

De esta manera tal como Ossandón, opinamos que “el único camino para considerar propiamente justificado algunos supuestos del aborto es el de la definición del que está por nacer como no persona, y en este sentido estricto es no persona para el Derecho penal aquel ser humano, y solo aquel ser humano cuyo sustrato antropológico se desconstruye jurídica y/o filosóficamente siendo reconstruido como un ente perteneciente al Derecho de cosas, posición que no resulta aceptable”.<sup>533</sup> Como veremos a continuación, no nos parece posible justificar el acto del aborto, esto sería contrario a los principios que nos impone nuestra Carta fundamental y contradictorio también a lo establecido en nuestro Código Penal (mientras ambas normas no sean modificadas), se reconocería como un acto lícito, y, por otra parte si hablamos de legítima defensa, esta amenaza debe provenir de un acto ilegítimo, cosa que el embarazo, incluso

---

<sup>533</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 357.

aquel que pone en peligro la salud y la vida de la madre no lo es. Solo queda la exculpación por inexigibilidad de otra conducta para dejar impune el aborto.

De todas maneras, si bien expusimos fundamentos para afirmar o negar que el que está por nacer es persona, vemos que aquello pasa a ser irrelevante, el que está por nacer es tan importante como el nacido, y merece la misma protección, cuestión que no está en discusión.

#### **6.4. El aborto terapéutico y su naturaleza de estado de necesidad exculpante**

Si bien con lo visto hasta ahora podemos llegar a afirmar que de existir el aborto terapéutico, este sería una causal de exculpación por inexigibilidad de otra conducta, es importante ver en más detalle por qué no puede tener otra naturaleza y así tener más razones para afirmar que el artículo 10 n°11 del Código Penal podría abarcar este hecho.

Ossandón explica al respecto que “la antigua regulación que contenía el Código Sanitario relativa al aborto terapéutico era, mayoritariamente, considerada una hipótesis de estado de necesidad. Con posterioridad pero todavía antes de la reforma del art. 10 N° 11 CP, parte de la doctrina ha insistido en su justificación como un caso paradigmático de estado de necesidad defensivo. [De todas maneras, como ya vimos] en los casos de aborto terapéutico estamos ante un conflicto de intereses en que la lesión de uno de ellos aparece como el medio necesario para salvar el otro. Se trata, por ende, de un estado de necesidad que bien puede incluirse en los términos de lo estipulado en el actual art. 10 N° 11 CP”.<sup>534</sup> Lo primero que tenemos claro, es que si hay un conflicto de intereses y que estamos en presencia de un estado de necesidad, ahora, hay que explicar porque no sería estado de necesidad justificante.

---

<sup>534</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 341.

El estado de necesidad justificante está descartado, porque, como lo explica Ossandón, de conformidad con la teoría de la diferenciación, “este es reputado justificante solo cuando implique evitar la lesión de un bien más valioso que el sacrificado. [Además agrega, que, como bien sabemos] nuestra legislación fue muy restrictiva al consagrar esta causa de justificación, admitiéndola únicamente cuando el bien jurídico sacrificado es la propiedad ajena (art. 10 N° 7) o la inviolabilidad de la morada (art. 145). El sacrificio de otros bienes en una situación de necesidad no da lugar a un estado de necesidad justificante, aunque si podría configurar una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta”.<sup>535</sup> Queda entonces totalmente fuera del estado de necesidad justificante el aborto terapéutico.

Por otra parte, Van Weezel, pone como fundamento para explicar la imposibilidad de otorgarle esta naturaleza al aborto terapéutico que “en ninguna sociedad, tampoco en Chile, existe o puede existir un aborto lícito de personas. Esto se debe a que la persona nunca puede ser objeto de una ponderación. Por eso, para legitimar el aborto “para un buen fin”, no sirve el estado de necesidad del art. 10 N° 7 CP, sino que es necesario sostener previamente que la criatura en el vientre materno no es una persona de cara al derecho, sino algo distinto. Y como en esta cuestión específica el derecho conoce sólo dos posibilidades -o se es sujeto de derechos, o se es objeto de ellos-, para legitimar el aborto, primero hay que declarar que la criatura en el vientre materno es una cosa, un objeto de derechos. En esto consiste una ley que legitima la práctica del aborto, con el fin que sea, y por eso es que muchos de sus partidarios (coherentemente) sostienen que el embrión o el feto no es persona, jurídicamente hablando”.<sup>536</sup> Si sostenemos que el feto es persona, entonces simplemente no hay justificación para el aborto y no puede ser un acto lícito, no teniendo por tanto, lugar ninguna causal de justificación..

---

<sup>535</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. *Ibíd.*

<sup>536</sup> HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. *Ob. Cit.* P. 207.

Respecto a quienes sostienen que es posible justificar el aborto bajo la tesis de que la vida del no nacido tiene menor valor que la vida de la madre, como persona independiente, para Ossandón, “esta se sustenta en primer lugar -en forma tan contundente que suele ser el único argumento invocado- en la diversidad de penas con que se sancionan los delitos de homicidio y aborto. [Pero la autora opina que] la absoluta predominancia que se le asigna a la penalidad del aborto se contrapone con la idea general de que este criterio, que es un punto de apoyo para el juicio de ponderación, no debe ser más que un criterio orientativo que no se puede sobrevalorar. La pena puede estar determinada por muchos otros factores, como la modalidad del ataque al bien jurídico, el carácter subsidiario del Derecho Penal frente a otros sistemas de control social, las exigencias sociales de castigo (como ocurre con los incrementos sostenidos de pena en los delitos patrimoniales por situaciones de inseguridad ciudadana), etc”.<sup>537</sup> Quedando descartado el argumento de que al tener el delito de aborto menor pena que el homicidio, implica que la vida del feto tiene menor valor, no extendiendo entonces una diferencia de valores entre ambos bienes jurídicos.

La doctrina chilena considera que el que está por nacer es persona, con igual dignidad y derechos y que tiene, por tanto, derecho a la vida. Pero como se ha visto y sostiene Ossandón “esta misma regulación ha servido también para negar que el *nasciturus* tenga un derecho constitucional a la vida, considerando que únicamente se le garantizaría la protección legal de su vida. Es decir, solo podría considerársele un objeto que merece especial protección legal, pero no un sujeto de derechos”.<sup>538</sup> Queda así la idea que la doctrina mayoritaria le da menor valor a la vida del que está por nacer, pudiendo ser el aborto terapéutico una causal de justificación.

---

<sup>537</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. *Ibíd.*

<sup>538</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. *Ob. Cit.* P.346



En la doctrina comparada encontramos posturas más radicales como la de Jiménez de Asúa que sostiene que en el aborto necesario no hay un caso de colisión de dos vidas, la del feto y la de la madre. Por tanto no hay que acudir a los argumentos de base sentimental. “No hay colisión de dos bienes iguales, no hay conflicto entre dos vidas humanas porque el feto no es tal vida. (...) El aborto no tiene como objeto jurídico la vida del embrión, sino el derecho de la sociedad a propagarse. Pues bien: este interés demográfico es muy inferior a la vida humano y, por lo tanto la colisión la resuelve el médico salvando la vida de la madre que es un bien jurídico superior, y sacrificando el bien demográfico a que acabamos de aludir”.<sup>539</sup> Si lo que protege el delito de aborto es posibilidad de crecimiento demográfico, el aborto terapéutico podría ser una justificante, ya que el interés que se sacrificaría sería de menor valor que la vida de la madre.

Otra visión es la de Claus Roxín, que sostiene que se trata de un caso clásico de estado de necesidad defensivo, explicando que, “una persona (el niño que está naciendo) pone en peligro a otra persona (la madre) sin que se le pueda imputar dicha puesta en peligro ni siquiera como acción, ya que el parto es un proceso puramente biológico. Pese a todo -por muy trágicos que sean esos casos- la ponderación debe resolverse a favor de la madre. La madre es la que da vida al niño, tiene que asumir las molestias y perturbaciones de la salud que usualmente van unidas al embarazo; pero el Derecho no le puede exigir a la dadora de vida el sacrificio de su vida o la aceptación de daños graves en su salud. [A su parecer] el Derecho Penal ha anticipado la cualidad de la persona al comienzo del parto; ahora bien, esto se ha hecho para proteger durante el parto al niño de homicidios y lesiones evitables, pero no para recortar el derecho a la vida de la madre”.<sup>540</sup> Es un motivo a nuestro parecer mucho más aceptable que el anterior, ya que para nosotros, el bien jurídico protegido por el

---

<sup>539</sup> JIMENEZ DE ASÚA, LUIS. Ob. Cit. P. 308-309.

<sup>540</sup> ROXIN, CLAUD. “Derecho penal parte general”. Ob. Cit. P.p. 708-709.

delito de aborto es la vida del que está por nacer, pero no por eso debemos obligar a la madre a sacrificar su vida por él.

Sin embargo, nosotros sostenemos que la vida del que está por nacer es tan importante como la del nacido, dejando fuera cualquier hipótesis que coloque el aborto terapéutico como una causal de justificación, incluso que sea una causal de estado de necesidad justificante defensivo, quedando solo el estado de necesidad exculpante como naturaleza del aborto terapéutico.

De esta manera al igual que Ossandón sostenemos que “si el por nacer es un ser humano, y en consecuencia, debe ser reconocido como persona que tiene derecho a la vida, le es aplicable la máxima sobre la inviolabilidad de su vida, la que no puede ser objeto de balance o comparación con derechos o incluso con la vida de otro ser humano. Rige aquí el principio general de que no cabe la ponderación de vida frente a vida, pues ante el Derecho toda vida humana tiene el mismo rango y no son admisibles cuantificaciones que solo conducirían a la inhumanidad”.<sup>541</sup> Si bien nuestra postura no es tan radical respecto a considerar que el que está por nacer tiene los mismos derechos que el ya nacido, no se puede dejar de lado el deber de protección de este, que tiene rango constitucional, y por lo tanto, ambos deberes tienen un mismo valor.

Es por lo anterior que para Ossandón el interpretar los supuestos del aborto no punible como causas de justificación “suele obedecer a razones prácticas. La afirmación de falta de antijuridicidad del aborto terapéutico no es consecuencia, por lo tanto, de un análisis estricto de las estructuras de descargo de la imputación comprometidas, sino de una decisión político-criminal que quiere introducir ciertas permisiones o limitaciones en relación con el aborto. Por ejemplo, para evitar los riesgos que suponen las prácticas abortivas clandestinas, para asegurar la disponibilidad de los médicos para la realización del aborto, para poder aplicar ayudas públicas e impedir la

---

<sup>541</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P.357

interferencia de terceras personas para defender la vida del que está por nacer”.<sup>542</sup> La justificación del aborto, por lo tanto, más que tener un seguimiento a los principios del derecho y constitucionales, es la manera más fácil de enfrentar la realidad que siempre estará presente el aborto, siendo solo de políticas públicas.

Esta premisa, para la autora aquí citada, no es válida, “y menos cuando se trata de conductas tan graves, en que el resultado lesivo para la víctima del hecho es la destrucción de su vida. Por eso no se admiten como lícitas conductas delictivas menos graves, pero peligrosas para quienes las ejecutan - como el robo de cables de alta tensión- pese a que al permitir las se podría conseguir que se realizaran de un modo menos peligroso -con la ayuda de electricistas e infraestructura adecuada- excluyendo todo tipo de riesgo para sus vidas”.<sup>543</sup> De esta manera, para Ossadon jamás será justificable un acto que acabe con la vida.

Con estos argumentos no hay posibilidad de que el aborto terapéutico sea una causal de justificación ni siquiera como un estado de necesidad defensivo, quedando solo la opción de una causal de exculpación, y siendo más precisos de una causal de inexigibilidad de otra conducta, como ya vimos que otros llaman una causal disculpante.

Hemos visto que el artículo 10 N° 9 no es aplicable en toda las circunstancias en que no es posible exigir otra conducta, y al respecto, Ossandón aceptando que la irresponsabilidad de la mujer en casos de riesgo para su vida o su salud nunca se ha puesto en duda, pues dada la gravedad de la situación ella resulta amparada por la eximente de miedo insuperable del art. 10 N° 9 afirma que “sí ha existido, hasta ahora, cierto debate sobre la posibilidad de exculpar a los terceros y, en particular, al médico que realiza el aborto, porque no sería él

---

<sup>542</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P.P. 359.

<sup>543</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. *Ibíd.*

quien se encuentra en peligro por la presencia del feto. Aunque mayoritariamente se ha considerado que también queda exculpado, algunos lo negaban, alegando que la exculpación es personalísima y no se comunica. Por lo demás, ésta ha sido la razón por la cual la jurisprudencia alemana invocó el estado de necesidad justificante supralegal para cubrir la situación del médico, o, en buena medida, la que ha impulsado la construcción de categorías intermedias que confieren relevancia en el plano de lo ilícito al estado de necesidad por colisión de bienes equivalentes, pese a que no exista una valoración positiva del comportamiento”.<sup>544</sup> Es un tema complejo, pues no es el médico quien tiene que tener este miedo, no pudiendo quedar el dentro de esta eximente.

De todas maneras, Ossandón dice que con “la incorporación de una eximente amplia de estado de necesidad en el art. 10 N° 11 CP, se encuentra resuelto, pues está redactada en términos objetivos, sin considerar el efecto psicológico particular que la situación de necesidad genere en el autor del hecho. En consecuencia, es aplicable esta eximente, y con carácter exculpatório, al médico que practica el aborto por graves razones terapéuticas”.<sup>545</sup> Esta norma permite actuar para salvar el bien jurídico propio o el de un tercero, quedando sin problemas incluido en esta causal de exculpación el médico que realiza el aborto terapéutico.

Nos queda claro con lo visto que, de existir, o mejor dicho, de volverá existir en nuestra legislación el aborto terapéutico, este tendría la naturaleza de una eximente de exculpación por inexigibilidad de otra conducta, y siendo más específicos aun, un estado de necesidad exculpante.

Sería de exculpación, por el hecho de que los bienes jurídicos en juego son, a lo menos, de valor equivalente, esto basado en que ambos tienen la misma

---

<sup>544</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. *Ibíd.*

<sup>545</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. *Ob. Cit.* P.361.

protección a nivel constitucional, lo que hace imposible que el derecho pueda justificar el acto, pero, y seremos reiterativos en esto, tal protección no haría inconstitucional una causal de exculpación, y, por otra parte, sería un estado de necesidad, porque estamos frente a un conflicto de intereses (la vida de la madre y la del hijo), ambos protegidos por nuestra legislación, y el peligro no tiene origen de un acto ilícito, descartándose que el aborto terapéutico sea una sea una legítima defensa.

Lo anterior nos hace concluir que la indicación terapéutica es un estado de necesidad exculpante, pudiendo perfectamente encajar en la eximente de responsabilidad contenida en el artículo 10 N° 11.

## CONCLUSIONES

1. Podemos concluir siendo concordantes con lo dicho por Bullemore y MacKinnon, que el término de eximente de responsabilidad penal es un término errado todas las veces que no se puede eximir a un individuo de una responsabilidad que no tiene o que esta fue simplemente atenuada.
2. Creemos que es correcto por tanto definir a estas causales como aquellas cuyo efecto es tener como licito un hecho típico, o disminuir la responsabilidad penal por faltar algún elemento constitutivo de delito.
3. Las causas de justificación son aquellas que en un cierto contexto, al considerar un hecho típico justo, lo consideran, licito, es decir, lo justifican. Esto conlleva a que el hecho ya no sea considerado antijurídico, es decir, aunque haya tipicidad, en el hecho, falta el elemento del delito llamado antijuricidad. Estas normas podrían ser clasificadas por lo tanto como permisivas e incluso como imperativas, al permitir o imponer un deber de realizar un hecho típico.
4. También debemos recalcar que la licitud otorgada no es sólo en el derecho penal, sino también en todas las ramas del derecho, no permitiendo ninguna de ellas defensa ante esta causal ni castigo alguno contra el que realice un acto justificado, como ocurre ante una acción civil.
5. Otro aspecto importante a destacar, es que estas normas necesitan de un elemento subjetivo, en el que la persona tenga conciencia que el acto

está que está realizando está justificado. Aquí la motivación no es relevante, sólo es necesario el saber que se actúa conforme a derecho.

6. Concluimos también que debido a que estas normas se basan en contextos sociales, descubrir cuál es su fundamento, es complejo, lo cual es discutido por la doctrina, sin embargo predomina la idea de cada causal tiene su propio fundamento, pues los cambios en la vida social hacen imposible una idea unificadora. Sin embargo todos tienen en común la necesidad de una ponderación de intereses en conflictos.
7. Las causales de exculpación son aquellas que determinan que un hecho típico y antijurídico es impune por faltar el elemento culpabilidad.
8. La necesidad de estas causales se debe a lo complejo de la capacidad de seguir una norma y sobre todo el sentirse motivado a seguirla. Es decir, hay consenso de que no todos son capaces de seguir una norma, y por eso aquí están considerados sujetos como niños y gente con problemas psiquiátricos.
9. Por lo anterior, al referirse a circunstancias tan específicas, es que en general estas causas son de efecto personalísimo, no extensible a terceros partícipes y además, como es un hecho ilícito, aquel que se vea afectado por un acto donde es aplicable una de estas causales, la persona puede defenderse y además tomar las acciones legales correspondientes por los perjuicios sufridos. Aquí radica la principal diferencia con las causales de justificación.
10. Y por último decimos que estas causales se sub-clasifican según el motivo por el cual se considera que no hay culpa, y ahí nos encontramos con las causales de inimputabilidad, las de error y las de inexigibilidad de otra conducta.

11. Entenderemos la causal de inimputabilidad, como aquella que elimina el reproche a un acto típico y antijurídico, por encontrarse la persona en una situación en el que es incapaz de seguir una norma, en específico, aquel que padece una enfermedad mental o sea menor edad, dejando en claro que la determinación de estas caudales sigue la corriente psiquiátrica.
12. Lo relevante en esta materia es la capacidad de dar seguimiento a una norma, es decir, que el sujeto cuente con la facultades mínimas de entender y querer obedecer la ley, por cuanto la ley considera que todos somos capaces al menos que se declare lo contrario, teniendo estas normas un carácter especial y excepcional.
13. Y es por lo anterior que las normas tienen aplicación personal y sus efectos no alcanzan a los terceros partícipes, y, por otra parte, como ya vimos, aquel que se vea perjudicado, puede tomar medidas de defensa, e incluso, se pueden adoptar medidas de seguridad que restrinjan derechos del inimputable, para su protección o la de terceros, por ejemplo, la internación en un centro de salud mental.
14. Las causales de inexigibilidad son aquellas que dejan sin pena un hecho típico y antijurídico y, para autores como Bacigalupo, culpable, por acontecer en un contexto en que a su autor el exigirle el seguimiento de la norma requeriría un esfuerzo sobrehumano o un gran sacrificio, y el derecho comprende que nadie está obligado a actuar como héroe.
15. Podemos afirmar también que más que la falta de libertad de elección, lo que aquí ocurre es una distorsión de la voluntad, no siento la ausencia de culpa lo importante, sino que se actuó con una voluntad distinta, porque el hecho si fue deseado por el autor, pero motivado por circunstancias que le impidieron querer actuar según la ley.



16. En este marco, más que falta de culpabilidad lo que hay es una falta de reproche, pues en tal contexto el derecho ve injustificado la aplicación de una pena, es un hecho típico, antijurídico y culpable pero dado en contexto, pero el Estado no lo condena y “disculpa” el hecho. Y es por eso que Bacigalupo las llama “causales de ausencia de responsabilidad por el hecho”, donde cabrían casos como el estado de necesidad exculpaste y el aborto terapéutico.
17. Para la mayoría de la doctrina, los efectos de estas causales son la falta de culpabilidad y esta no se extiende a terceros, sin embargo, nosotros adherimos a la teoría de Bacigalupo y por lo tanto, elimina la pena por falta de reproche y aceptamos la existencia de causales que excluyen de responsabilidad por el hecho, donde sus efectos se extienden a terceros co-participes, que, como veremos, es posible en el caso del estado de necesidad exculpante.
18. Vemos que debido a que tanto las causales de justificación y de exculpación dejan impune un delito, pareciera que no hay muchas diferencias entre ambas, sin embargo, un análisis solo un poco más incisivo nos permite comprender que tienen una lógica totalmente distinta, a saber a qué tipo de norma pertenecen (de comportamiento o imputación), su alcance a las demás ramas del derecho, si afectan a terceros participes o la posibilidad de defenderse de quien se ve afectado por los actos afectos a estas causales y las acciones que puede tomar en contra del autor o para reparar los daños. Y es por todo esto, que no da lo mismo que un estado de necesidad sea justificante o exculpante.
19. Respecto al artículo 10 del Código Penal, podemos concluir que más allá de las reformas que este haya tenido, el conflicto principal es la falta de un orden lógico que permita distinguir la naturaleza de cada causal y también la prelación de cada una, aunque como ya dijimos, la doctrina

entiende que una causal de justificación, prevalece antes una causal de exculpación.

20. En este contexto, se dificulta el calificar esta nueva eximente de responsabilidad ubicada en el Artículo 10 Número 11 del Código penal. Se está de acuerdo en la doctrina, como veremos, en que es un “Estado de Necesidad” y que es una causal de exculpación por inexigibilidad, pero, para llegar a ello se ha debido argumentar bastante, la cual habría sido más sencillo si el artículo en estudio hubiera tenido otro orden.
21. El concepto que tendremos de “estado de necesidad” es el entregado por Franz von Liszt: “Situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”. Pues consideramos que es el que mejor explica la función de esta eximente.
22. De todas maneras, todas las definiciones aquí estudiadas, ponen como motivo de la existencia de esta eximente el hecho de un conflicto de intereses que debe ser resuelto, y eso es la finalidad de esta institución.
23. El fundamento principal del estado de necesidad es el de lograr un equilibrio, tomando en cuenta la igualdad de cargas, frente a un conflicto de intereses. Hay aquí un principio solidario superior a cualquier norma.
24. Si lo vemos con este sentido y, siguiendo la máxima “la necesidad carece de ley”, afirmamos que esta causal no tiene como única función justificar un acto, lo que ocurre cuando se sacrifica un bien de menor valor, sino que, esta causal tendría alcance en casos en que el bien sacrificado es igual o incluso mayor que el que se intenta proteger, debido a que se reconoce la existencia de circunstancias en que el no sacrificio de ellos es inexigible.

25. Tenemos como requisitos generales del estado de necesidad: a) Existencia de un peligro actual o inminente; b) Injusticia del mal que se trata de evitar; c) Imposibilidad de evitarlo por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, y; d) Que el necesitado no haya dado lugar dolosamente al surgimiento del estado de necesidad.
26. Respecto a la existencia de un peligro actual o inminente, entendemos como daño, todo detrimento a un bien jurídico, descartando aquellos perjuicios que la ley ordena soportar.
27. Este peligro debe ser actual, es decir, que esté produciéndose o haya empezado a producirse, pero también es actual aquel que su llegada es inminente. Aquel aparente o imaginario no cabe pero puede dar origen a una causal de exculpación.
28. El análisis de la actualidad de peligro se debe hacer ex ante y debe ser objetivo, pues no cabe estado de necesidad cuando el temor es solo producto de la imaginación, sin embargo creemos que si es aplicable cuando se actúa en estado de necesidad sobre un peligro supuesto si es que el agente tomó las precauciones debida y aun así temió la ocurrencia de un mal.
29. El origen del peligro puede ser tanto un acto de la naturaleza como la humano, en este punto, también puede configurarse un hecho delictual pues si para defenderse de este daña un bien jurídico de un tercero sería estado de necesidad y no legítima defensa. Es importante distinguir si la situación de necesidad proviene de un hecho natural o humano, pues en el primero solo podrá recurrir en principio al estado de necesidad si actuó con las debidas precauciones y consideró los riesgos y el último si actuó como se debe y no fue resultado de una provocación.

30. Por último, decimos que la gravedad del peligro no es lo principal pues en la ley no se exige expresamente, sin embargo, hay que considerar un equilibrio entre el bien que se pretende salvar y el daño que se va a provocar, al respecto está el bien jurídico del orden, el cual no se puede romper por pequeñas necesidades cotidianas.
31. Respecto al requisito de Injusticia del mal que se trata de evitar, este parte bajo la premisa de que, salvo excepciones dadas por ley, no hay obligación de soportar un daño, y cualquier amenaza a los intereses o derechos son consideradas injustas, al menos que haya norma en contrario.
32. Sin embargo, lo anterior tiene un límite, pues el derecho debe reconocer que la obligación de correr un riesgo no implica la de sacrificarse y es por eso, que no es considerado fuera del estado de necesidad, quien por su oficio debe asumir riesgo, éste no actúa al notar que su vida está en peligro (es del todo comprensible por ejemplo que un salvavidas no se arroje al mar a salvar a alguien, si se está en medio de una gran marejada).
33. A lo anterior debemos agregar que además hay una obligación de soportar el daño cuando voluntariamente se sacrifican bienes disponibles, no siendo injusto el mal. Sin embargo, la voluntad de soportar un daño, como el someterse a un tratamiento médico doloroso, tiene el límite de no ser coaccionado a ello. Es decir, el obligar a tal tratamiento, no es estado de necesidad.
34. El requisito de la imposibilidad de evitarlo por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, que es el que caracteriza al estado de necesidad como una institución subsidiaria. Para que la justificación no quede excluida es menester que esa posibilidad sea real y adecuada al caso

concreto, no meramente teórica. Por ello la ley exige la practicabilidad del medio.

35. Bajo este carácter de subsidiario es que este requisito nos indica que el bien jurídico de menor valor solo puede ser sacrificado si no existe otro medio practicable y menos perjudicial para salvar al más valioso, y además, debe ser visto desde un punto objetivo especial, donde quizás para algunos un bien jurídico no tenga tanta importancia pero si para otros.
36. Es importante tener en cuenta, que lo complejo de la vida hace imposible tener una fórmula única para determinar si se cumple este requisito, y como vemos será tarea del juez efectuar este análisis en contexto con la ocurrencia de los hechos, pues tal vez si había un medio menos lesivo pero dadas las circunstancias no pudo ser observado por aquel que veía en peligro sus bienes jurídico.
37. De todas maneras vemos que se trata de una cuestión de tolerabilidad, y será ello al final lo que marcará el punto de partida para ver si este era el único medio para salvar un bien jurídico.
38. En el último requisito, (que el necesitado no haya dado lugar dolosamente al surgimiento del estado de necesidad) Tenemos que cuando es uno que el que provoca el peligro a sus bienes, en principio debe soportarlos, sin embargo, es importante que tal hecho sea intencional, la culpa no excluye el estado de necesidad, solo cuando nos encontramos con dolo, que además es difícil de encontrar. Pero de estar presente, este afectaría el “balance” entre los bienes en conflicto, afectando negativamente al que se pretende proteger, quitándole valor.
39. Sin, embargo, vemos que este requisito no es del todo absoluto, hay un principio que dirige el orden jurídico, que es proteger los derechos y los

intereses de cada uno. A esto se debe agregar y reiterar que las causas en que se aplica esta eximente de responsabilidad son muy excepcionales y, además, que es imposible que una norma las abarque todas. Requiere por lo tanto una interpretación amplia y en consideración a cada caso en concreto. Por otra parte veremos que hay legislaciones que contemplan el “estado de necesidad defensivo” el cual está dirigido justamente cuando quien provocó el peligro es el propietario del bien que se pretende salvar, viendo que no sería justo negar esta eximente en estos casos.

40. Esto implica ,que debemos sostener que el hecho de que uno mismo haya causado el estado de necesidad no siempre obliga a soportar el daño, sino que es posible dañar bienes jurídicos o interés ajenos para proteger los propios, eso sí, bajo cierto contexto.
41. Si bien tanto la legítima defensa como el estado de necesidad tienen una naturaleza parecida, que es el daño de un bien jurídico para proteger otro, y que ambos tienen el efecto de dejar tal daño impune, vemos que tienen diferencias importantes, y las principales serían, el hecho de que en el caso de la legítima defensa, se daña el bien jurídico del autor de un hecho ilícito y, por lo tanto ese bien jurídico no está protegido, al contrario del estado de necesidad donde se daña el bien jurídico de un tercero no responsable del peligro y por tanto con este bien jurídico tutelado. Otra diferencia es la procedencia del peligro, que en el caso de la legítima defensa de un hecho ilícito, en cambio en estado de necesidad este puede prevenir de un hecho de la naturaleza, de un tercero, pero no de un hecho delictual. Por último, se entiende que la legítima defensa es una reacción ante un acto ilícito y en el estado de necesidad es una acción frente a un peligro.

42. Cabe agregar una diferencia fundamental para este trabajo, y es el hecho de que la legítima defensa solo será una causal de justificación a diferencia del estado de necesidad que como afirmamos a lo largo del trabajo, puede ser según los intereses en conflictos, una causal de justificación o una causal de exculpación.
43. Somos adherentes, como la mayoría de la doctrina, a la teoría diferenciadora y no unificadora de esta eximente. En otras palabras, negamos que esta tenga solo una naturaleza, sosteniendo que el estado de necesidad puede tener tanto naturaleza justificante como exculpante.
44. Así estado de necesidad no es solo uno, sino que tiene distintos efectos según las circunstancias en la que esta puede aplicarse. Esto hace que la ley y la doctrina adviertan varias modalidades de esta eximente y por ello se han llegado a desarrollar dos tipos de clasificaciones en consideración a dos factores distintos de la situación de necesidad.
45. La primera clasificación, es aquella enfocada en principio en la relevancia de los bienes jurídicos en conflicto. Aquí se distingue por un lado, el estado de necesidad donde el bien a sacrificar es menos relevante que el que se pretende salvar, correspondiente al estado de necesidad justificante, pues, es del todo entendible por el derecho tal sacrificio no sienta un acto antijurídico, y, por otro lado, la situación cuando se encuentran en conflicto dos bienes jurídicos donde el bien a sacrificar es de igual o mayor entidad que aquél que se pretende salvar, donde el derecho no puede justificar tal sacrificio, pero sí puede entender que hay situaciones en que no se puede exigir otra reacción y que si bien es un acto antijurídico, no hay culpa, correspondiente al estado de necesidad exculpante.

46. Con la “teoría de la diferenciación”, que ha sido una de las más aceptadas por la doctrina actual, la que en pocas palabras, dice que según el valor de los intereses en conflictos será una eximente justificante o exculpante, decimos ahora que si el bien jurídico que es dañado es de menor valor que el que se pretende salvar será una causal de justificación pero si ambos intereses tiene el mismo valor será de exculpación.
47. Por otra parte, podemos afirmar que la 20.480 del año 2010 vino a completar un vacío legal que tenía nuestra legislación a considerar sólo el estado de necesidad justificante, terminado con la injusticia y dificultad de poder dejar impunes los hechos que esta norma contempla.
48. El estado de necesidad solo está tratada en su real amplitud si se considera su doble naturaleza y esto se debe a que su esencia, la situación de necesidad es en sí compleja.
49. La principal característica del estado de necesidad justificante, es la exigencia de una diferencia de valores entre los bienes jurídicos en conflicto. El derecho no puede considerar lícito el sacrificio de un bien de un bien jurídico de igual o mayor valor, pero si puede en estos casos aplicar una causal de exculpación.
50. En Chile esta causal tiene requisitos estrictos y restrictivos, si bien protegerse cualquier bien jurídico, solo puede sacrificarse en pos de este el bien jurídico propiedad o la privacidad de la morada. De esta manera vemos que era necesario incluir un estado de necesidad exculpante.
51. Por otra parte, los requisitos de esta causal deben ser copulativos, todos deben estar presentes. Lo que es entendible para evitar el abuso del derecho.



52. Por último vemos que respecto al aspecto subjetivo de esta justificante, lo principal es saber que se actúa conforme a esta sin importar la motivación, pero aquel que no tiene conciencia de sus actos no puede quedar impune.
53. El estado de necesidad exculpante tiene la necesidad de existir, pues es imposible que el pensamiento unitarista recoja el real alcance de esta causal. De esta manera, surge este estado de necesidad que no justifica sino que, considerando el acto como ilícito, pero donde no se puede pedir otro comportamiento al autor el derecho, no lo pena.
54. La gran diferencia con el estado de necesidad justificante es el hecho de que aquí, para salvar un bien jurídico se sacrifica otro de igual e incluso de mayor valor. Esto hace imposible que el derecho lo considere un acto lícito, sin embargo, tampoco lo cree merecedor de pena, trasladando en conflicto a un tema de culpabilidad.
55. Existe una duda respecto a que bienes pueden ser sacrificados, por lo menos en la legislación nacional no se especifica, y algunos autores ponen la limitación de que solo se trata de bienes personalísimos y por otra parte jamás será procedente en caso de una comunidad de peligro.
56. Al ser un tema de culpabilidad, el carácter subjetivo toma más relevancia, pues si o si tiene que ser motivado por ganas de salvar algo, sin embargo no importa si hay razones nobles para actuar así.
57. El hecho de que sea una eximente de responsabilidad por inexigibilidad de otra conducta lleva a la conclusión de que no es que la culpabilidad haya desaparecido, sino, que el derecho ha decidido “disculpar” esta conducta. De allí que existan autores que la llamen, estado de necesidad disculpante, sin embargo Bacigalupo ve más allá y la llama estado de necesidad de exclusión de responsabilidad por el hecho, en donde

explica que hay tema de política criminal en la que no se considera necesaria la pena.

58. Por muy discutida que sea la naturaleza de esta eximente de responsabilidad, el principal efecto que esta tiene es la capacidad de defenderse de aquel que verá afectado su interés jurídico por el autor, no habiendo, como en el estado de necesidad justificante, una obligación de soportar el daño.
59. La diferencia de esta eximente con una causa de exculpación cualquiera, según lo dicho por Bacigalupo al explicar los efectos de una exclusión de responsabilidad por el hecho, es la capacidad de comunicación de esta causal a los terceros partícipes.
60. La segunda clasificación que encontramos, la que es poco tratada en la doctrina chilena, es aquella que distingue entre el estado de necesidad agresivo y defensivo, y toma en consideración para ello al origen del peligro, en concreto, si éste proviene de un factor externo o de la esfera de quien deberá soportar la lesión sus bienes jurídicos.
61. El origen de esta clasificación está en el derecho civil alemán, fue enfocado en el origen del peligro. Esta clasificación no es muy considerada en la literatura nacional en parte, porque como podremos ver, el artículo 10 N° 7 del Código Penal no da cabida a esta clasificación, la que tiene lugar solo en el estado de necesidad justificante.
62. El estado de necesidad justificante, es, por así decirlo, el estado de necesidad "ordinario", recogido por el artículo 10 N° 7 del Código Penal, donde una persona por salvar sus bienes jurídicos, provoca un daño en los bienes patrimoniales de un tercero sin participación alguna.

63. El estado de necesidad defensivo se caracteriza por ser quien creó el peligro quien debe soportar los daños, habiendo una “defensa” del daño que creó.
64. Los límites de los bienes que pueden llegar ser afectados y en qué consiste el nexo entre el peligro y el que lo creó (si debe ser fáctico o normativo) son discutidos, pero no hay duda que la amplitud de esta eximente es mayor.
65. De esta manera pueden quedar impune casos que no siendo estado de necesidad agresivo tampoco lo son en legítima defensa, pudiéndose dañar bienes jurídicos como la vida. Y es en parte esta amplitud, junto con los demás requisitos de este estado de necesidad que permite a algunos autores afirmar que el artículo 10 N° 11 del Código Penal pertenece a esta clasificación.
66. De todas maneras existen aquí límites básicos respecto al nivel de daño que se puede causar, a saber, que se puede aplicar defensa a esta agresión en consideración al deber de soportar que tiene quien provocó el peligro y que el medio debe ser adecuado.
67. Analizando la historia de la ley, entendemos que el artículo 10 N° 11 surgió como una manera de dar una herramienta legal a la mujer para quedar impune en caso de matar a aquel que le ha provocado constantes maltratos al punto de que llegue a temer tanto por su vida que reacciona así.
68. En un principio se propuso simplemente cambiar el artículo 10 N° 9 agregando la frase “bajo la amenaza de un mal grave e inminente”. Sin embargo esta reacción fue considerada como insuficiente. Muchos criticaban que tal reforma más que ayudar complicaba su aplicación al exigir una perturbación actual durante el hecho, cosa que no ocurriría por

ejemplo, si la mujer matara a su agresor mientras duerme. Otros decían que más que un acto de inexigibilidad era una legítima defensa, proponiendo reformar esa causal y por últimos, unos proponían crear una nueva eximente.

69. Con tales divergencias, la disfunción de tal reforma se suspendió hasta la Comisión Mixta donde Enrique Cury presentó su propuesta, un nuevo estado de necesidad, de naturaleza aparentemente exculpante, la cual si modificación ni mucha discusión quedó aprobada. Si bien se critica que tal norma al tener carácter general no cumple el objetivo con la que se presentó, la de proteger a la mujer, sin duda viene a completar un vacío legal al contener nuestro Código Penal hasta ese momento, sólo un estricto estado de necesidad justificante.

70. Otra cosa a destacar, es la doble naturaleza que le pretende dar su redactor (justificante y exculpante) de esta manera no solo se llena el vacío legal de la falta de un estado de necesidad exculpante, sino que además ampliar el estricto estado de necesidad justificante que tiene el Código Penal Chileno.

71. En el encabezado de la norma en estudio, se hace ver las primeras novedades de esta norma, que serían, la exigencia de que el mal sea grave, lo cual desde ya pone una limitación en la aplicación de esta norma. Sin embargo, vemos otros requisitos como que pueda actuar tanto el que se ve amenazado o un tercero para socorrer al que se encuentra amenazado y, además, este peligro puede afectar tanto a su persona o derecho, que la hacen mucho más amplia que el artículo 10 N°7 del Código Penal.

72. Tenemos también, que para algunos autores, entre ellos el redactor de este numeral, Enrique Cury, estamos en una doble naturaleza, pues

cuando se daña un bien jurídico de menor entidad, pero no previsto en el estado de necesidad justificante de nuestro código, esta norma actuaría como un estado de necesidad justificante y para otros es solo de naturaleza exculpante, como Hernández.

73. Si se considera de naturaleza doble, surge el conflicto sobre si debería o no derogarse el numeral 7º, pero Cury explica, basado en principio de la especialidad, que quedaría tácitamente derogado, en aquellos casos en que actúe como estado de necesidad justificante.

74. En el primer requisito, que consiste en la actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar, la gran novedad que la diferencia del estado de necesidad contenida en el artículo 10 N°7 es que los requisitos de actualidad e inminencia son alternativos y no copulativos.

75. Lo anterior permite ampliar la aplicación de esta norma, pues aunque haya una manera que no sea actual, el hecho de la certeza de que en algún momento estará presente es suficiente, para poder actuar bajo esta exigencia. Es por eso que en el caso del aborto terapéutico, si bien al momento de realizarse este, la mujer no corre un actual peligro de morir, pero habiendo certeza de que si continua con el embarazo si lo hay, esta norma es del todo aplicable.

76. Respecto al error de esta actualidad o inminencia, es complejo aún llegar a un acuerdo, sobre todo debido que esta norma aun ha sido poco aplicada, pero nos quedamos con la idea de Acosta Sánchez, que este error excluye su aplicación, y si no hay un auténtico error de prohibición, se resuelve con la aplicación analógica de este.

77. Sobre el requisito que exige que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo, debemos rescatar que aquí se consagra el principio propio del estado de necesidad, el de la "subsidiariedad" y al

deber ser considerado en todo tipo de esta eximente es que la redacción es la misma que en numeral 7°.

78. Otro punto importante y que implica un labor de los tribunales, es que este “medio menos lesivo” sea aquel disponible en ese momento, y también considerar lo extraordinario y la urgencia de la situación, que no permite analizar de manera tan detenida los medios disponibles para afrontar el proyecto.

79. Es la exigencia de que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita el elemento que le da la naturaleza exculpante, al permitir que sacrifique un bien “no sustancialmente superior”, y ver que es imposible que el derecho justifique el sacrificio de un bien jurídico de igual o mayor entidad, solo queda eliminar la culpa pero no la ilicitud.

80. Sin embargo, aquí no se niega la posibilidad de sacrificar bienes de menor valor, pero cuyos sacrificios no están permitidos por el numeral 7° del artículo 10 del Código Penal. Lo que nos lleva afirmar que en aquellos casos se aplica este numeral, pero como estado de necesidad justificante, tanto en su carácter agresivo como defensivo. Como fundamento está el hecho de que permite que terceros puedan actuar como salvadores, además de las declaraciones de Cury respecto a su intención de esta doble naturaleza.

81. Otros, como Hernández, niegan tal posibilidad y dicen que tiene solo una naturaleza única, que es un problema amplitud de esta eximente de responsabilidad que se irá resolviendo a medida que se vaya aplicando, peor que la intención única del legislador era darle solo este sentido a la norma.

82. Para nosotros sin embargo más que tomar partido por alguna postura, nos basta con que no se niegue la naturaleza de causal de exculpación

por inexigibilidad de otra conducta, lo demás será un tema que ya se resolverá en su momento y que sea cual sea la solución al conflicto el límite siempre será la dignidad humana.

83. El requisito de 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, hace explícita una limitación del deber de tolerancia que se consideraba tácitamente introducido en el estado de necesidad justificante del numeral 7º, pero que por la amplitud del numeral en estudio, su redactor lo consideró necesario tenerlo por escrito.
84. Si bien la redacción es un poco ambigua, analizando aquellas legislaciones extranjeras que contenían hace tiempo ya esta eximente, se entiende que lo que aquí se exige es que al momento de realizar el sacrificio, el titular del bien amenazado, no tenga el deber de soportar tal daño, pero si este no tenía conocimiento de tal deber en ese momento, la eximente igual es aplicable.
85. Vemos entonces, que si el agente o el tercero amenazado, realiza una profesión u oficio (por ej. un bombero, policía o salvavidas), o se encuentra en un estatus jurídico que lo obliga a soportar el riesgo, como un estado de garante o haber sido él quien provocó el peligro, quedan, en principio, excluidos de este estado de necesidad. Sin embargo, como ya hemos sostenido, todo tiene una excepción y siempre estará primero la vida de uno, por lo tanto, este deber tiene un límite, no prohibiendo de manera absoluta que se exima de responsabilidad por esta norma a estas personas.
86. Cuando una persona provoca su propio peligro, no tiene derecho a dañar bienes jurídicos de otros para salvar los suyos. Es decir, si bien podrían

caber otras causales de exculpación, no podría en específico aplicarse el estado de necesidad.

87. Pero lo anterior es solo en principio, pues, tenemos por lo menos el caso de un tercero que actúa para salvarle los bienes a esta persona no sabiendo el deber de este de soportar el daño, y por otra parte está el límite que este debe le sea “razonablemente exigible”, hay un punto en que no se le puede pedir tal obligación, no porque una mujer no se cuidó al momento del tener relaciones debe soportar un embarazo que le es riesgoso para su vida.

88. Es muy probable que a medida que se vaya aplicando este numeral, nos encontremos con el conflicto de si un hecho pertenece al numeral 9 u 11 del artículo 10 del Código Penal. Tanto así que su redactor Cury propone derogarlo.

89. Sin embargo, lo anterior queda resuelto al comprender que el numeral en estudio no exige para su aplicación una perturbación mental presente en el momento de que el necesitado actúa. Esto además es acorde al fundamento del porque se creó esta norma, pues, se pone en el caso de una mujer que constantemente maltratada, por miedo a morir o a sufrir un gran daño físico, decide, sin estar presente en ese momento un miedo insuperable o fuerza irresistible, solo la certeza de un peligro, matarlo o dañarlo seriamente. Solo así solo así se puede considerar una real protección la mujer u hombre víctima de violencia intrafamiliar.

90. Estas normas así vistas más que contradictorias son complementarias, pues una cubre una inexigibilidad de otra conducta que la otra no puede abarcar.

91. Respecto los sistemas que hay para eximir de responsabilidad el aborto lo primero que debemos decir es que se basan en que el derecho



comprende que no hay prohibiciones absolutas, y que nadie puede obligar a dar la vida por otro, libertad que le debe ser otorgada a la mujer.

92. En el sistema de plazo, el bien principal es la libertad de la mujer, quien hasta los 3 meses de embarazo podrá sin traba alguna decidir si continua o no con este. Luego al ver la viabilidad del feto empieza a sopesar y la libertad de la madre empieza a igualarse a la del que está por nacer, no pudiendo abortar si no por una indicación o con otros intereses jurídicos en juego.
93. Este sistema de indicaciones es más complejo y estricto que el sistema de plazos, al considerar casuales y circunstancias específicas para que el aborto quede impune, lo que da lugar a un motón de cuestionamientos sobre los fundamentos y aplicación de cada indicación. Pero creemos que para un país como el nuestro, que no contiene norma expresa al respecto, es un sistema para dar los primeros pasos, pero al igual que Bustos, creemos que no ataca el fondo del conflicto y no respeta por completo la libertad y autonomía de la madre.
94. Dentro de la indicación terapéutica, entenderemos por aborto terapéutico aquel que se interrumpe un embarazo o se adelanta el parto si es que la continuación de este implicaría un grave peligro para la salud y la vida de la madre.
95. Se deberá optar por una de las dos vidas, y para algunos autores no hay complicación, pues les parece lógico que la vida de la madre es de mayor importancia que la del feto. Para otros no es así, y lo justifican en el fundamento de la libertad y autonomía de la madre, la idea de obligarla a continuar con el embarazo les parece del todo injusto. Para ellos no existe obligación absoluta y el derecho debe aceptar tales excepciones.

96. Claramente, vemos que aquí hay un consenso de que nos encontramos bajo un estado de necesidad, y afirmaremos de ahora en adelante que es un estado de necesidad exculpante, por el hecho de que más que analizar la importancia de cada bien jurídico, hay un tema de urgencia y peligro que no permitirá actuar de otra manera. Tal es así, que creemos que no se requerirá del consentimiento de la madre o de quien esté capacitado para darlo en su lugar en casos de urgencia.
97. Por último, debemos decir que respecto al alcance de esta indicación, notamos que puede ser amplia, cubriendo enfermedades físicas como psicológicas, si es que tomamos como concepto de salud el otorgado por la Organización Mundial de Salud. De esta manera una mujer que quiere abortar por conflicto de calidad de vida, podría aplicarse esta indicación en que tal conflicto en una perturbación a su salud psíquica.
98. La indicación eugenésica, está dirigida a el caso que el feto venga con malformaciones o alguna enfermedad que no permita ni a él ni a los padres una vida digna, y que causará demasiados sufrimientos.
99. Sin embargo, si esta indicación no tiene límites claros, puede dar lugar a políticas terribles, como lo fue en la Alemania Nazi, momento desde el cual esta indicación quedó desprestigiada.
100. Aun así, una discusión sobre esta indicación es necesaria, porque tampoco es justo obligar a la mujer a soportar tales sufrimientos, y podemos empezar por no hablar de indicación eugénica sino de indicación embriopatía, basándonos en la afectación de la autonomía de la mujer y no en un tema de “selección” de vidas.
101. La indicación ético social estaría fundamentada no por el honor de la mujer, sino por el derecho a su autonomía, pues no puede ser obligada a tener un hijo si este fue concebido por un hecho delictual (violación,

estupro, abuso sexual) o por un hecho idóneo para la concepción sin su consentimiento.

102. Concluimos también que se considera que esta indicación solo puede ser llevada a cabo bajo una causal de exculpación y no bajo una causal justificación, ya que el derecho no puede tener como licito un aborto por los motivos aquí vistos, por tanto, como solución, se propone dejarlo impune bajo el artículo 10 N° 9 del Código Penal.

103. Debido a las características de los hechos aquí previstos, poner un tiempo límite para esta indicación es algo inútil, ya que es probable que muchos no lo cuenten hasta que sea un notorio el embarazo y el plazo ya haya transcurrido, de todos modos, es probable que la madre termine con graves problemas psicológicos y por lo tanto pueda hacer aplicable la indicación terapéutica.

104. Terminamos aquí diciendo, que la mujer ya habría sido bastante vulnerada en su libertad al no poder decidir sobre si tener una relación sexual o un acto capaz de concebir, como para además obligarla a soportar el embarazo producto de esto.

105. La indicación socioeconómica más cuestionada, porque es difícil aceptar el aborto por el no poder darle una vida digna al hijo, sin embargo este es principal motivo por el cual los padres piensan en abortar. Creemos que hay que ser realista y que esta indicación debe de ser aceptada, sin embargo, debe ser vista con cautela pues puede dar lugar a políticas públicas extremas de carácter incluso genocida. Ahora, de ver esta indicación como algo necesario, lo mejor sería que la legislación abarcara el método de plazo, pues a fin de cuentas, el método de las indicaciones es muy complejo y como ya dijimos, no soluciona el real motivo de la necesidad de abortar.

106. Concluimos aquí que aunque en principio suene egoísta esta indicación, pues nadie puede transar una vida por la falta de dinero, se debe aclarar que se acepta por el hecho de que este niño tendría una vida sufrida. De todas maneras, puede que tal situación acarree una grave perturbación psicológica a la madre, lo que puede hacer aplicable la indicación terapéutica.
107. Podemos afirmar con todo lo visto en primer lugar que aunque la constitución proteja la vida del que está por nacer, ello no implica una prohibición absoluta del aborto, tal como se puede deducir de las lecturas de las actas constitucionales. De esta manera, no hay duda en sostener que por lo menos la indicación terapéutica no quebrantaría tal precepto constitucional.
108. Vemos además, el Código Sanitario y el Código Penal prohíben el aborto, sin embargo, esto no es fundamento para excluir el aborto terapéutico, ya que no sería contrario a la *lex artis*, y por otra parte el Código Penal habla de realizarlo “maliciosamente”, cosa que no ocurre cuando un médico se enfrenta a una decisión como esta.
109. Además se pudo observar que artículo 119 del Código Sanitario conlleva una sanción a la mala práctica del aborto específica de este código no siendo de tipo penal.
110. Según los autores revisados, no sería necesaria una reforma legal ni constitucional para permitir el aborto terapéutico, pues este no sería contrario a la *lex artis*, entre otros argumentos. Creemos que una interpretación de este tipo, haría difícil una defensa ante tribunales, por lo tanto, es mejor que nuestra legislación contenga una norma expresa que exima de responsabilidad en el caso del aborto terapéutico. Y aunque según nosotros, cumpliría este rol el artículo 10 N° 11 de Código Penal,

es mejor una ley clara, la cual no estaría en contra de la sistematización ni la lógica de nuestro sistema legislativo.

111. Debemos terminar aquí diciendo que rechazamos las interpretaciones que le dan un mayor valor a la vida de la madre pero también rechazamos aquellas que le dan más valor a la vida del que está por nacer. Ambas posturas son erradas y contrarias a la constitución, por un lado, porque la carta fundamental, protege la vida del que está por nacer y por lo tanto se debe hacer lo posible para evitar el aborto, y por otra parte, el prohibir el aborto estaría contra la igualdad de carga y la autonomía de la mujer respecto a su capacidad de querer soportar los peligros que conllevaría un embarazo riesgoso, nadie está obligado a lo imposible. Además, como sostienen algunos autores aquí vistos, tal deber de solidaridad no se exige en los casos de conflicto de dos vidas entre ya nacidos, donde un homicidio puede quedar impune, entonces, el obligar a la madre a sacrificar su integridad física o psíquica e incluso su vida por el que está por nacer no es coherente con esta lógica.

112. Respecto a al análisis de fundamentos para decir si el que está por nacer es o no persona, vemos que aquí no solo hay argumentos jurídicos, que es lo que nos convoca, sino también científicos, en específico, se utilizan datos biológicos para fundamentar una u otra posición. Temas como la anidación, o el hecho de que desde la concepción hay un código genético único distinto al de la madre o al padre deben ser tomados en cuenta.

113. Para nosotros no parece curioso en toda esta discusión, que ambas posiciones se refutan una a la otra que solo sostienen sus fundamentos en principios morales o ideológicos y no fácticos y realistas.

114. Lo que si encontramos importante, que aún cuando ni ley ni la ciencia permiten sostener fehacientemente que el que está por nacer es persona, ninguna de las dos posiciones niegan que esta vida se encuentra protegida. Aquello no está en discusión, sobre todo porque hay un mandato constitucional que ordena este deber al legislador, y por tal razón, es que no sostenemos que la vida del que está por nacer tenga menor importancia que la vida de la madre, pero tampoco con una relevancia tal que pueda a llegar a obligar a la madre a sacrificar su vida o su salud (sea física psicológica) en beneficio de este. Decimos, por lo tanto, que ambos tienen la misma importancia y seguimos la idea de Bascuñán de que si es justificado o exculpado el homicidio entre ya nacidos, también debería poder serlo entre el nacido y el no nacido, una prohibición absoluta, sería contrario al principio de igualdad.

115. De esta manera tal como Ossandón, opinamos que “el único camino para considerar propiamente justificado algunos supuestos del aborto es el de la definición del que está por nacer como no persona, y en este sentido estricto es no persona para el Derecho penal aquel ser humano, y solo aquel ser humano cuyo sustrato antropológico se desconstruye jurídica y/o filosóficamente siendo reconstruido como un ente perteneciente al Derecho de cosas, posición que no resulta aceptable”.<sup>546</sup> Como veremos a continuación, no nos parece posible justificar el acto del aborto, esto sería contrario a los principios que nos impone nuestra Carta fundamental y contradictorio también a lo establecido en nuestro Código Penal (mientras ambas normas no sean modificadas), se reconocería como un acto lícito, y, por otra parte si hablamos de legítima defensa, esta amenaza debe provenir de un acto ilegítimo, cosa que el embarazo, incluso aquel que pone en peligro la salud y la vida de la madre no lo es.

---

<sup>546</sup> OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. Ob. Cit. P. 357.

Solo queda la exculpación por inexigibilidad de otra conducta para dejar impune el aborto.

116. De todas maneras, si bien expusimos fundamentos para afirmar o negar que el que está por nacer es persona, vemos que aquello pasa a ser irrelevante, el que está por nacer es tan importante como el nacido, y merece la misma protección, cuestión que no está en discusión.
117. Respecto a la naturaleza que tendría de existir, o mejor dicho, de volverá existir en nuestra legislación, el aborto terapéutico, este tendría la naturaleza de una eximente de exculpación por inexigibilidad de otra conducta, y siendo más específicos aun, un estado de necesidad exculpante.
118. Sería de exculpación, por el hecho de que los bienes jurídicos en juego son, a lo menos, de valor equivalente, esto basado en que ambos tienen la misma protección a nivel constitucional, lo que hace imposible que el derecho pueda justificar el acto, pero, y seremos reiterativos en esto, tal protección no haría inconstitucional una causal de exculpación, y, por otra parte, sería un estado de necesidad, porque estamos frente a un conflicto de intereses (la vida de la madre y la del hijo), ambos protegidos por nuestra legislación, y el peligro no tiene origen de un acto ilícito, descartándose que el aborto terapéutico sea una sea una legítima defensa.
119. Lo anterior nos hace concluir que la indicación terapéutica es un estado de necesidad exculpante, pudiendo perfectamente encajar en la eximente de responsabilidad contenida en el artículo 10 N° 11.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA SANCHEZ, JUAN DOMINGO. “Artículos 10 N°s. 7° y 10° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación”. EN: VAN WEESEL. ALEX. (Editor). “Humanizar y repensar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury”. Santiago, Chile. ThomsonReuters. 2013.
2. ACTAS OFICIALES DE COMISIÓN COSNTITUYENTE. Sesión n° 90. 5 de Noviembre del 1974. Ejemplar N°16. Santiago, Chile.
3. BACIGALUPO, ENRIQUE. “Derecho penal. Parte general.”2ª. ed. Buenos Aires. Argentina. Hamurabi. 1999.
4. BALDO LAVILLA, FRANCISCO. “Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda”. Barcelona, España, José María Bosh 1994.
5. BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. “Licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Revista Derecho y Humanidades. (10): 143-181. 2004(a).
  - “La píldora del día después ante la jurisprudencia”. Revista Estudios Públicos. (95): 43-89. 2004 (b).
6. BULLEMORE, VIVIAN (Director). “Tratado de jurisprudencia y doctrina: Derecho penal. Santiago, Chile. Thomson Reuters Puntotex. 2011.
7. BULLEMORE, VIVIAN Y MACKINNON, JOHN. “Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: Lex artis y la relación médico-paciente”. EN Pontificia Universidad Católica de Valparaíso “Delito, pena y proceso: libro



- homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta.”. Valparaíso Chile. Editorial Jurídica. 2008.
- “Curso de derecho penal”. 2ª. Ed. aumentada y actualizada. Tomo II. Santiago, Chile. AbeledoPerrot. 2007.
8. BUSTOS, RAMIREZ, JUAN. “Manual de derecho penal: Parte especial”. 2º ed. Aum., corr. y puesta al día. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A. 1991.
- “El delito culposo”. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1995.
  - “Lecciones de derecho penal”. Tomo II. Madrid, España. Trotta. 1997-1999.
  - “Obras completas”. Tomo I. Lima Perú, Lara Editorial. 2004.
9. CARDINI, EUGENIO OSVALDO. “Estado de necesidad” Buenos Aires Argentina, Abeledo-Perrot. 1967.
10. CARRARA. FRANCESCO. “Programa de derecho criminal” Tomo I. Bogotá, Colombia. Editorial Temis Bogotá. 1956-67.
11. CARRASCO. ALEJANDRA. “La píldora y la bioética en Chile”. Revista Estudios Públicos.(96): 325-344. 2004.
12. CASTILLO LARA, ALEJANDRA. “El delito de femicidio”. Departamento de estudios Defensoría Nacional. [www.ddp.cl](http://www.ddp.cl). Santiago Chile. 2011.
13. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “Derecho constitucional chileno”. 2ª ed. Tomo II. Santiago, Chile. Ediciones UC. 2008.
14. CÓDIGO PENAL. Valparaíso Chile. Biblioteca del Congreso Nacional. [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). 2014.

15. COCA VILA, IVÓ. "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo". InDret: Revista para el análisis del Derecho, 1 (2011), <http://www.indret.com/pdf/789.pdf>.
16. CORRAL TALCIANI, HERNÁN. "El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida". Revista Us et praxis, U. de Talca. Año 11 (1): 37-53. 2005.
17. CUELLO CALON, EUGENIO. "Cuestiones penales relativas al aborto (¿punibilidad del aborto o derecho a abortar? Aborto honoris causa, aborto terapéutico, o aborto en caso de violación). Barcelona, España, Bosch librería. 1931.
18. COUSIÑO MAC IVER, LUIS. "Derecho penal chileno". 1a. ed. mes de octubre de 1975 (v.1), mes de julio de 1979 (v.2) y mes de mayo de 1992 (v.3). Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Juridica. 1975-1992.
19. COUSO, JAIME. "Comentario artículo 10 n° 7" EN COUSO, JAIME Y HERNADEZ, HECTOR (Directores). "Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia. Santiago. Chile. Abeledo Perrot. 2011.
20. CURY URZUA, ENRIQUE. "Derecho Penal Parte General", 2ª.ed. Actualizada. Tomos I y II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1988-92.
  - "El estado de necesidad en el Código Penal Chileno". Documento inédito. Santiago, Chile. 2010.
21. DEL RIO CASTILLO, JOSÉ RAIMUNDO. "Manual de derecho penal". Santiago, Chile, Nacimiento. 1947.
22. DIAZ PALOS, FERNANDO. "Estado de necesidad" Barcelona, España, Bosch. 19--.

23. ETCHEBERRY, ALFREDO. "Derecho penal". 3a. Ed. Revisada y actualizada. Tomo I y III. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1998.
24. FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. "Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto". Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. XX (2): 95-130. 2007.
25. GARCIA SOTO, MARIA PAULINA. "Estado de necesidad en el derecho penal" Santiago, Chile. Editorial Jurídica ConoSur 1999.
26. GARRIDO MONTT, MARIO. "Derecho Penal". 2ª ed. Tomo III. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 2005.
27. HERMOSILLA, JUAN PABLO Y VAN WEEZEL, ALEX. "Contrapunto: El aborto Terapéutico". Revista Chilena de Derecho. 36. (1): 205-208. 2009.
28. HERNANDEZ, HECTOR. "Comentario artículo 10 n°11". EN COUSO, JAIME Y HERNANDEZ, HECTOR (Directores). "Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia. Santiago. Chile. Abeledo Perrot. 2011.
29. HISTORIA DE LEY 18.826. Valparaíso, Chile, Biblioteca del congreso nacional de chile. [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). 1989.
30. HISTORIA DE LEY 20.480. Valparaíso, Chile, Biblioteca del congreso nacional de chile. [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). 2010.
31. JAKOBS, GÜNTHER. "Derecho penal parte general: fundamento y teoría de la imputación". Madrid, España, Marcial Pons, ediciones Jurídicas. 1995.
32. ESCHECK, HANS-HEINRICH Y WEIGENG, THOMAS. "Tratado de derecho penal". 5ª Ed. Granada, España. Editorial Comares. 2002
33. JIMENEZ DE ASÚA, LUIS. "Principios del derecho penal: la ley y el delito". Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, Sudamericana. 1990.

34. LABATUT GLENA, GUSTAVO. "Manual de derecho penal". Santiago, Chile, Editorial Jurídica. 1948.
- "Derecho penal". 9ª.ed. actualizada por Julio Zenteno. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1990.
35. LISZT, FRAN VON. "Tratado de derecho penal". Tomo II. 3ª ed. México DF, México. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2003.
36. MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. "El estado de necesidad exculpante Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal". EN: VAN WEEZEL. ALEX. (Editor). "Humanizar y repensar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury". Santiago, Chile. ThomsonReuters. 2013.
37. MOHOR ABUAUAB. "Reflexiones en torno a la prohibición del aborto en Chile". EN: "XX Jornadas Chilenas de Derecho Público". (26-27 de Octubre de 1989) Tomo II. Valparaíso, Chile. Edeval. 1990.
38. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. "Teoría general del delito". 4a. ed. Valencia España, Tirant lo Blanch.2007.
39. NINO, CARLOS SANTIAGO. "Los límites de la responsabilidad penal". Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1980.
40. NOVOA MONREAL, EDUARDO. "Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General". 3a. ed. Tomo I. Santiago Chile. Editorial Jurídica. 1916-2006.
41. NUÑEZ LEIVA, JOSÉ CASTRO. "Estatuto constitucional del embrión humanos". Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios. (2): 67-86. 2010
42. OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA. "Aborto y justificación". Revista Chilena de Derecho, 39. (2): 325-366. 2012.

43. POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN. "Derecho penal chileno: parte especial: delitos contra el individuo en sus condiciones físicas". 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1993.
44. POLITOFF, SERGIO. "Derecho penal". Tomo I. Santiago, Chile. Jurídica Conosur. 1997.
- "Comentario Preliminar al Artículo 10". EN BUSTOS, JUAN, Et al. "Texto y comentario del Código Penal Chileno" Tomo I. Santiago Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002.
45. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. "Lecciones de Derecho Penal Chileno". Tomo I. 2a. ed. Actualizada. Santiago Chile. Editorial Jurídica. 2003.
46. PRECHT PIZARRO, JORGE EDUARDO. "Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico". Revista Chilena de Derecho. 19. (3): 509-525. 1992.
47. RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. "El delito de aborto frente al Constitución de 1980". Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIV: 369-387. 1991-1992.
48. ROXIN, CLAUS. "Introducción al derecho penal y derecho penal procesal" Barcelona, España, Ariel. 1989.
- "Derecho penal parte general". Tomo I. Madrid, España, Civitas. 1997.
  - "Dogmática penal y política criminal". Lima, Perú, IDEMSA. 1998.
49. SANCHEZ-ORTIZ, PABLO. "¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (11): 1-23. 2009. <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf>.

50. SANTIBAÑEZ TORRES, MARÍA ELENA Y VARGAS PINTO, TATIANA. "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)". Revista Chilena de Derecho. 38 (1): 193-207. 2011.
51. SILVA MAC IVER, JAIME. "El nasciturus y le derecho a la vida". Revista de derecho público de la Universidad de Chile. (57-58): 177-198. 1995.
52. SILVA SÁNCHEZ, MARÍA JESÚS. "Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del status personae". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (9): 1-19. 2007. <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>.
53. UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUIN. "Momento en que el embrión es persona". Revista Estudios Públicos. (96): 281-323. 2004.
54. VARGAS, PINTO, TATIANA. "Manual de derecho penal práctico: teoría del delito con casos" 3ª ed. Actualizada. Santiago, Chile. AbeledoPerrot Legal Publising. 2011.
- ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11" EN: VAN WEESEL. ALEX. (Editor). "Humanizar y repensar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury". Santiago, Chile. ThomsonReuters. 2013.