



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO**

**APLICABILIDAD DE LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL
ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 10 N° 11 DEL CÓDIGO PENAL, A LOS CASOS
DE HOMICIDIOS COMETIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA.**

**Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho
Penal**

AUTOR: MAURICIO PIZARRO DÍAZ
PROFESOR GUÍA: DON GERMÁN OVALLE MADRID

**Santiago, Chile
2014**

Resumen

Debido a la creciente masificación en la opinión pública y medios de comunicación de los casos de homicidios cometidos por y hacia personas vinculadas por lazos sentimentales, especialmente hacia la mujer por parte de su cónyuge, conviviente o padres de sus hijos, las tendencias legislativas se encaminaron hacia la protección de las víctimas de estos delitos. Surge así, la ley 20.480 que modifica el Código Penal y la Ley de Violencia Intrafamiliar, reforma el delito de parricidio y contempla un nuevo tipo penal denominado femicidio. La norma en cuestión, incorpora al artículo 10 del Código Penal el numeral 11, el que contiene una nueva eximente de responsabilidad penal, que corresponde a un estado de necesidad, estableciendo los presupuestos o requisitos necesarios para su concurrencia. No obstante, a juicio de este alumno, no se encuentran claramente delimitados los alcances de este precepto, por las razones esgrimidas en la introducción de este proyecto, por lo que puede suceder que la protección deseada en la práctica no sea tal, cuestión que se desea dilucidar mediante la presente investigación y los problemas que la guiarían al respecto.

Palabras clave: Estado de necesidad, violencia intrafamiliar, eximente, homicidio, mal grave.

Índice

Introducción	5
Capítulo I	7
Análisis General e Instauración de la Eximente de Responsabilidad Penal contemplada en el N° 11 del artículo 10 del Código Penal por la Ley N° 20.480	7
1. ANÁLISIS DE LA HISTORIA DE LA LEY N° 20.480	7
2. CONCEPTOS DE ESTADO DE NECESIDAD	14
3. EL MAL GRAVE COMO PRESUPUESTO DE LA EXIMENTE	16
4. ELEMENTOS DE LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL	17
4.1. ACTUALIDAD O INMINENCIA DEL MAL QUE SE TRATA DE EVITAR	18
4.2. QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL PARA EVITARLO	19
4.3. QUE EL MAL CAUSADO NO SEA SUSTANCIALMENTE SUPERIOR AL QUE SE EVITA ...	20
4.4. OBLIGACIÓN DE SOPORTAR EL PELIGRO.....	22
4.4.1. Que la situación de necesidad no haya sido provocada por el sujeto	23
5. ELEMENTO SUBJETIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD	25
6. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995.....	26
6.1. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE LA EXIMENTE DE ESTADO DE NECESIDAD DEL ARTÍCULO 20.5 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	28
6.1.1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar	28
6.1.2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.....	29
6.1.3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.....	30
6.2. BIENES SUSCEPTIBLES DE SER AMPARADOS	31
6.3. AUXILIO NECESARIO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	31
6.4. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD	32
7. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN.....	32
8. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE EN EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN. ANÁLISIS....	33
8.1. BIENES AMPARADOS.....	33
8.2. EL PELIGRO PARA EL BIEN JURÍDICO.....	34
8.3. LA FUENTE DEL PELIGRO.....	34
8.4. ACTUALIDAD DEL PELIGRO	35
8.5. LA SUBSIDIARIEDAD Y NECESARIEDAD DEL MEDIO EMPLEADO	35
8.6. PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO.....	36
8.7. OBLIGACIÓN DE AFRONTAR EL PELIGRO	37
9. EL ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE EN EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN. ANÁLISIS....	37
9.1. BIENES AMPARADOS.....	38
9.2. EL PELIGRO PARA EL BIEN JURÍDICO Y LA ACTUALIDAD DEL PELIGRO	38
9.3. LA FUENTE DEL PELIGRO.....	39
9.4. LA SUBSIDIARIEDAD Y NECESARIEDAD DEL MEDIO EMPLEADO	39
9.5. ESTADO DE NECESIDAD PROPIO Y AUXILIO NECESARIO	40
9.6. PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO.....	40
9.7. OBLIGACIÓN DE AFRONTAR EL PELIGRO	41
9.8. ELEMENTO SUBJETIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD	41

Capítulo II	42
Aplicabilidad Práctica de la eximente a los casos de Violencia Doméstica	42
1. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN NUESTRO PAÍS	42
1.1. HISTORIA DE LA PROBLEMÁTICA DE LA VIOLENCIA	42
1.2. CONCEPTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. GÉNESIS DE LOS MISMOS	43
2. POSIBILIDAD DE APLICAR LA EXIMENTE A LOS HOMICIDIOS COMETIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA	47
3. APLICABILIDAD DE LA CIRCUNSTANCIA N° 2 DEL NÚMERO 11 DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL	49
4. EXCURSO: LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS EN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	50
5. APLICABILIDAD DE LA CIRCUNSTANCIA N° 3 DEL NÚMERO 11 DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL	54
6. ¿LA EXIMENTE EN ESTUDIO FUE CONTEMPLADA EN LA LEY N° 20.480 COMO UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN PARA LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA?	58
7. RELACIÓN DE LA EXIMENTE DEL N° 11 CON LA DEL N°9, AMBAS DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL, EN LO QUE RESPECTA A LA “FUERZA IRRESISTIBLE” Y AL “MIEDO INSUPERABLE” EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA.....	60
8. LA VIOLENCIA ECONÓMICA COMO MAL GRAVE EN LA EXIMENTE ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE	63
 Capítulo III	 65
Análisis crítico y jurisprudencial de las circunstancias constitutivas de la eximente de responsabilidad penal.....	65
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	65
2. CASO I. ANÁLISIS DE LOS TRES FALLOS DICTADOS SOBRE EL MISMO HECHO	66
2.1. ANÁLISIS DEL PRIMER FALLO DICTADO POR EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUENTE ALTO.....	66
2.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD DICTADA POR LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL.....	70
2.3. ANÁLISIS DEL SEGUNDO FALLO DICTADO POR EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUENTE ALTO.....	71
3. CASO II. ANÁLISIS DEL FALLO DICTADO POR EL SÉPTIMO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO	72
4. REFLEXIONES ACERCA DE LOS CASOS.....	73
 Conclusiones	 77
Bibliografía.....	81

Introducción

La presente investigación tiene por objeto realizar un análisis exhaustivo de la eximente de responsabilidad penal creada por la ley 20.480, e incorporada al artículo 10 del Código Penal, especialmente en lo que respecta a su aplicabilidad práctica a los delitos de homicidio cometidos en contexto de violencia doméstica.

Este estudio constituye una actividad formativa equivalente a tesis, toda vez que se aboca a una problemática que no ha sido suficientemente abordada por la jurisprudencia y dogmática nacional, tanto por su reciente instauración, como por las dificultades que su redacción y contenido pueden acarrear en su utilización práctica en los delitos mencionados precedentemente. En este sentido, adquiere relevancia el determinar su alcance y aplicabilidad a los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, especialmente en aquellos con resultado de muerte, puesto que, si se considera que la normativa mediante la cual se crea, tiene por objeto proteger a las víctimas de violencia originada o derivada de relaciones sentimentales actuales o pasadas, mediante la creación de la eximente, no se estima comprensible que en la práctica, sea imposible su verificación en estos casos.

Como se ha mencionado, la eximente analizada desde la perspectiva de estos delitos, presenta dificultades en su contenido, ya que requiere como presupuesto para su verificación, que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita, lo que en el caso de los homicidios jamás podrá ser posible, toda vez, que siempre la muerte de una persona será un mal superior a cualquier otro daño o amenaza causada por el autor. Siendo esto un objetivo a dilucidar en el presente trabajo, en el sentido si es posible que la eximente pueda tener aplicación en los casos de homicidio cometidos por personas que han sido víctimas de violencia intrafamiliar que dan muerte a su agresor.

Asimismo, no existe claridad respecto a si su incorporación dentro de la ley 20.480, tuvo por finalidad otorgar un mecanismo de protección a la parte más débil en los casos de violencia doméstica. De estimarse que ese fue el espíritu de la normativa, se deben definir los límites de su aplicación, esto es, si el mal grave que se trata de

evitar al momento de cometer el ilícito del cual se pretende eximir, debe provenir exclusivamente de hechos constitutivos de violencia física, o puede tratarse de cualquier otro medio de violencia intrafamiliar, como la violencia psicológica y económica.

Por último, en cuanto al requisito segundo, el que exige que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el daño, trataremos de determinar si es posible establecer como medio idóneo, la práctica de denuncias o solicitud de medidas de protección por parte de aquel de los cónyuges o miembro de la relación sentimental que ha sido objeto de violencia reiterada. En el mismo sentido, indagaremos si el hecho de no haberse practicado dichas actuaciones en la oportunidad correspondiente, implican privarse de la eximente.

Capítulo I

Análisis General e Instauración de la Eximente de Responsabilidad Penal contemplada en el N°11 del artículo 10 del Código Penal por la Ley N°20.480

El título primero del Código de Penal en su artículo 10 establece las circunstancias que eximen la responsabilidad penal en la comisión de un delito, sin embargo, y debido a la dictación de la Ley 20.480¹, se agrega a dicho artículo en el número 11, que se encontraba derogado desde el año 1953, una nueva eximente, que establece: "El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

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

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa".

1. ANÁLISIS DE LA HISTORIA DE LA LEY N° 20.480

La presente ley, nace a consecuencia de la preocupación que origina la falta del establecimiento de una protección especial para las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Esta inquietud se transforma en el objetivo principal de la norma en estudio, que se traduce en el propósito de mejorar desde la vía legal la situación de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, ello dada la inexistencia de herramientas legales que ponderaran el hecho que siendo víctimas de violencia intrafamiliar cometieran delito contra quien ejercía dichos malos tratos². Al respecto Tatiana Vargas señala que la ley nace para aquellos casos de reacción tardía de la mujer, que no

¹La ley 20.480, además de incorporar la eximente del N°11 en el artículo 10 del Código Penal, tipifica como delito el femicidio, reformando las normas sobre el parricidio, cuando el sujeto pasivo es la mujer.

²HERNÁNDEZ, Héctor. *Comentario*. En: Código Penal Comentado. Libro Primero (Arts. 1 a 105). Doctrina y Jurisprudencia. 1ª Edición. Santiago. Ed. Legal Publishing Chile. 2011. p. 267.

quedan cubiertos bajo los supuestos de la legítima defensa o del estado de necesidad del número 7 del artículo 10 del Código Penal, este último cuando se trata de lesiones a bienes diversos a los patrimoniales³.

En ese sentido, resulta pertinente destacar lo dicho por don Juan Domingo Acosta, esto es, que la tramitación de la ley 20.480 tenía el fin de modificar el artículo 10 del Código Penal para los efectos de contemplar un marco penal más indulgente para aquellas situaciones en que la víctima de violencia intrafamiliar da muerte a su agresor, ello por la vía de la exención de la pena como efecto de una eximente⁴.

Si bien es cierto, la ley 20.480 en definitiva incorporó en el número 11 del artículo 10 del Código Penal una eximente de responsabilidad penal, la Cámara de Diputados, con ocasión de la discusión de la ley, proponía otra cosa, que se modificara el numeral 9 del artículo 10 del Código Penal, en el sentido de que también se eximiese de responsabilidad penal al que actúa bajo la amenaza de un mal grave e inminente, además de las hipótesis de actuar violentado bajo por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable, no obstante en estos términos se rechaza en el Senado por ser demasiado abierto, razón la cual el proyecto pasó a la comisión mixta, a la cual invitan a los profesores Enrique Cury y Juan Domingo Acosta, proponiendo el primero de ellos, una modificación no del número 9 del artículo 10, sino derechamente que se incorpore un nuevo numeral en el lugar once que estaba vacante, no obstante la fórmula propuesta no contenía un límite respecto del mal que se causa. Si bien el texto propuesto es aprobado por la comisión, el senador Andrés Chadwick era del parecer que no se podía causar un mal al que lo soportaba desmesuradamente severo, sobre todo cuando se trata de terceros inocentes⁵, razón por la cual el profesor Cury agregó una cuarta circunstancia insertada en el lugar tercero del siguiente tenor: “Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita”; pasando a ocupar el

³VARGAS, Tatiana. *¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad Justificante y Exculpante a la luz del artículo 10 N°11*. En: VAN WEEZEL, Alex (ed.). Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago, Legal Publishing. 2013, p.744 ss.

⁴ACOSTA, Juan Domingo. *Artículos 10 n°s 7° y 11° del código penal. Algunos criterios de delimitación*. En: VAN WEEZEL, Alex (ed.). Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago, Legal Publishing. 2013, p. 694 ss.

⁵VARGAS, P., op. cit., p 747.

lugar cuarto la circunstancia antes mencionada en el número tres⁶. El texto así propuesto es aprobado como ley, siendo promulgado el 14 de diciembre de 2010 y publicado el 18 de diciembre del mismo año.

Al respecto pertinente resulta recordar que el profesor Cury antes de la discusión y establecimiento del estado de necesidad del número 11 del artículo 10, postulaba que debido al campo restringido que presentaba el estado de necesidad del N°7 del mismo artículo, era del parecer de que éste se reformara⁷ y que en el intertanto se autorice el recurso de la creación de causales de justificación mediante la vía supra legal⁸, ello dado que la analogía extensiva en dicho ámbito no estaba vedada. Continúa el profesor Cury señalando que si bien es posible ampliar el estado de necesidad del N°7 del artículo 10, esto no implicaba que fuese si empre necesario, es decir para todos los casos, ello dado por la existencia del N°10 del artículo 10 del Código Penal - ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo o cumplimiento de un deber – que permite solucionar a juicio de Cury los casos de Interrupción del embarazo para salvar la vida de la madre, fundándolo en el cumplimiento de un deber⁹. No obstante lo anterior, admite, que dicha norma no permite cubrir todos los conflictos, por ejemplo lo sería el caso que cita del turista, que no siendo el salvavidas, rescata a un bañista de morir ahogado, al que debe golpear para que se tranquilice y se deje ser auxiliado; en el ejemplo el turista que funge de salvavidas no obra en ejercicio de un cargo¹⁰, por lo que aquí dicha eximente no resulta aplicable. Así para el autor, entonces era forzoso recurrir derechamente a la creación supralegal de un estado de necesidad¹¹, cuando ello sea inevitable, es decir de *última ratio*¹², lo cual acontece en el escenario donde razones de justicia material lo exijan, y si solo si, la ley vigente – *lege lata*- no ha sido

⁶CURY, Enrique. *El Estado de Necesidad en el Código Penal Chileno*. En: MAÑALICH, Juan Pablo (editor). *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile*. Libro de Homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, p. 251.

⁷CURY, Enrique. *El estado de necesidad en el Código Penal chileno y la ampliación de su alcance por vía supralegal*. En: URQUIZO, José (director). *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Lima: Idemsa, 2007, p. 266 ss.

⁸Ibíd., p. 255.

⁹Ibíd., p. 262 ss.

¹⁰Ibíd., p. 259 ss.

¹¹Ibíd., p. p 262.

¹²Ibíd., p. 262.

capaz de solucionar el problema, resultando entonces ello útil para superar conflictos en que se sustituye el peligro por otro mal, el que en definitiva resulta menos dañoso en comparación al original¹³, verbigracia caso del bombero que lanza a un niño por la ventana, lo que le provoca diversas lesiones, pero evita que muera en el incendio; casos en que el autor no pone en peligro los bienes jurídicos del necesitado, sino de terceros o de la colectividad toda¹⁴, cita el caso del conductor ebrio que aún pudiendo manejar, lo hace para trasladar a un enfermo grave al hospital, donde el conflicto a juicio de Cury se torna paradójico si además el sujeto presenta una posición de garante, por ejemplo que el ebrio sea padre del enfermo grave, por lo tanto si actúa comete delito de peligro, si no lo hace comete delito omisivo y; también serían resueltos los casos de estado de necesidad defensivo¹⁵, que en opinión de Cury en su mayoría la ley vigente no es apta para solucionar el conflicto; donde el peligro deriva del propio ámbito organizacional de la víctima, siendo ella quien tiene el deber de eliminar dicho mal, y que de no hacerlo es porque le falta capacidad. Este sería el caso del sujeto que dispara a los neumáticos de un auto que presenta fallas y que se dirige contra él; este problema no lo soluciona la ley vigente como ya se dijo, por lo que el recurso a la vía supralegal se constituye como la *última ratio*¹⁶.

Retomando la nueva eximente, es necesario señalar que su establecimiento, a su vez dio origen a otro debate a nivel doctrinario, en el sentido de si este estado de necesidad era de carácter justificante o exculpante. Al respecto Cury, quien como ya se expuso, fue uno de los que contribuyó a su establecimiento y consagración legal, señala que en el artículo 10 N°11 del Código Penal podemos encontrar dos estados de necesidad, uno justificante y otro exculpante, en el mismo sentido Acosta¹⁷, quien además afirma que dicho estado de necesidad, ya sea justificante o disculpante, a su vez puede presentar la nomenclatura de ser un estado de necesidad agresivo, es decir cuando la fuente del peligro no proviene de la persona que sufre la lesión o también tratarse de un estado de necesidad defensivo, ello cuando el riesgo proviene del que

¹³Ibíd., p. 264.

¹⁴Ibíd., p. 264 ss.

¹⁵Ibíd., p. 265.

¹⁶Si la pérdida de control del auto es por imprudencia, y no accidental, el tema se traslada a la legítima defensa por existir una agresión ilegítima. Ibíd., p 265, nota al pie página 37.

¹⁷ACOSTA, S., op. cit., p. 696 ss.

soporta la acción salvadora, por lo tanto no puede defenderse conforme a una legítima defensa, por no existir agresión previa antijurídica¹⁸. En relación al estado de necesidad justificante, Cury indica que éste procede cuando se causa un mal menor para evitar el que amenaza; que la nueva justificante tiene la característica de poder lesionar cualquier bien jurídico, con la salvaguarda que las vidas no son mensurables, por lo tanto este estado de necesidad justificante presenta una amplitud respecto de los bienes jurídicos susceptibles de ser vulnerados, en comparación con el estado de necesidad justificante del artículo 10 N°7, el cual sólo dice relación con lesiones a bienes jurídicos patrimoniales como lo es la propiedad, posición a la cual adhiere Acosta¹⁹.

Otra nota característica del estado de necesidad justificante es que procede también aun cuando no haya colisión de dos bienes jurídicos, esto es cuando la única forma de salvar un bien jurídico es precisamente cuando se le coloca ex profeso en peligro, por ejemplo se cita el caso del bombero que para evitar que un niño muera entre las llamas, lo lanza desde las alturas a una loma, aun cuando exista riesgo de lesiones seguras. Sin perjuicio de lo anterior, el profesor Mañalich es del parecer de privar del carácter de causal de justificación al numeral 11, ello dado que la norma aludida no exige para el estado de necesidad defensivo que el peligro surja del propio ámbito organizacional del afectado, unido al hecho que no resulta coherente tampoco admitir un estado de necesidad defensivo agresivo con una trascendencia mayor a la que tiene el numeral 7, puesto que ello alteraría los límites de los deberes de tolerancia correlativo²⁰. Así las cosas, Mañalich es del parecer que el número 11 constituye una causal de exculpación.

¹⁸Ibíd., p. 698 ss

¹⁹Ibíd., p. 696 ss.

²⁰MAÑALICH, Juan Pablo. *El Estado de Necesidad Exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N°11 del Código Penal Chileno*. En: VAN WEEZEL, Alex (ed.). *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago, Legal Publishing. 2013, p. 720. Al respecto el autor señala que el fundamento del porqué una persona debe tolerar la afectación de sus bienes en situaciones que no ha tenido injerencia o ha dado origen a la situación de peligro, sólo puede explicarse por el principio de solidaridad general.

El estado de necesidad incorporado por la ley 20.480 tuvo como referente legislativo dentro del derecho comparado al instituido en el Código Penal Suizo²¹, la razón de ello, y siguiendo las palabras de Cury, está dada porque resultaría más familiar en cuanto a su redacción y construcción para los operadores jurídicos, y por la mayor amplitud que presenta en relación a la exculpante contemplada en el Código Penal Alemán, toda vez que en este último sólo es posible defender a terceros que presenten una relación de parentesco o de cercanía especial (el Código Penal alemán habla de personas allegadas). Así la norma chilena, alejándose de su símil alemán, admite no sólo acciones de salvamento respecto de bienes jurídicos propios, sino también autoriza el auxilio de terceros, aun sin parentesco, lo que en doctrina se conoce como auxilio necesario, lo cual quedó establecido en la norma en términos abiertos. Al respecto Juan Pablo Mañalich coincide con lo antes expuesto, en el sentido que la norma no ha restringido el abanico de personas titulares de bienes jurídicos que puedan ser auxiliadas, ello a diferencia de lo que sucede en el caso alemán. A mayor abundamiento, dicho autor señala que no ve inconveniente en que la promoción del bienestar de otros permita tenerse como suficiente, para explicar la falta de observancia de la norma por parte de los que actúan para salvar los bienes jurídicos de otros²². No obstante Cury en relación a los titulares autorizados a desplegar acciones de salvamento, restringe esa posibilidad a las entidades estatales, en el sentido de que puedan invocar el estado de necesidad justificante, toda vez que esgrime que cuentan

²¹Artículo 34 del Código Penal Suizo de 1937, modificado en octubre de 1950 : Estado de Necesidad: 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, dada 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 una 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 aquel al cual el bien pertenecía, el juez atenuará libremente la pena (art. 66).

²²MAÑALICH, R., op. cit., p 734 ss.

con suficiente poder y autorizaciones especiales para la defensa de los intereses que le han sido confiados²³.

En cuanto a los bienes jurídicos que pueden salvarse mediante el estado de necesidad, no se establece un sistema cerrado y enumerativo, como sí sucede con el Código Penal italiano o alemán, que disculpan sólo los atentados al cuerpo, vida y libertad, pudiendo en el caso chileno invocarse acciones de salvamento respecto de todos los bienes jurídicos. Tatiana Vargas, es del parecer de excluir los bienes colectivos en el estado de necesidad²⁴, en el mismo sentido Mañalich, quien postula que sólo los bienes individuales, ya sea personalísimos como patrimoniales, pueden salvarse mediante un estado de necesidad exculpante, negando cobertura para peligros que puedan afectar a bienes colectivos²⁵. A su vez Acosta es del parecer de excluir del concepto de mal grave las lesiones al honor, las que dicen relación con la esfera de la intimidad u otros bienes de esa entidad e indica que generalmente las afectaciones al patrimonio no son graves, reconduciendo dichos casos al N°7, salvo que se perjudique seriamente a la persona o presente una magnitud importante²⁶.

Que en relación a lo anterior, respecto de los bienes que pueden sacrificarse conforme a un estado de necesidad, Silva Sánchez es del parecer que puedan lesionarse bienes jurídicos de personas naturales y jurídicas y los pertenecientes al Estado y la Sociedad toda, entendida ésta último como colectivo²⁷, para Acosta admiten sacrificio vía justificación conforme al N°11 los bienes individuales y comunitarios, no así la vida o los bienes vitales, como un riñón, ello porque las vidas humanas tienen idéntico valor, no pudiendo tampoco admitirse para casos en que para salvar la vidas de muchos se sacrifica la de unos pocos, ya que las vidas no se cuentan, tampoco autoriza sacrificios de la dignidad, por ser inherente a la vida, descartando la tortura del terrorista para que confiese la instalación de una bomba. No obstante se abre a la opción de que en ciertos casos proceda la exculpante, cuando

²³CURY, U., *El Estado de Necesidad en el Código Penal Chileno*. op. cit., p 254.

²⁴VARGAS, P., op. cit., p 751.

²⁵MAÑALICH, R., op. cit., p 731.

²⁶ACOSTA, S., op. cit., p. 702.

²⁷SILVA, Sánchez, Jesús María. *Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal español*. ADPCP, Tomo XXXV, Fascículo III, p. 675 ss. <www.cienciaspenales.net> [Consultado el 23 de marzo de 2013]

concurran todos los supuestos del N°11, negándola e so sí para los agentes del Estado²⁸.

Ahora bien, habiéndose aclarado por el profesor Cury y Mañalich, que la exigente del numeral once, corresponde a un estado de necesidad, ya sea justificante y/o exculpante, según sus propias posiciones, es necesario establecer qué dicen los distintos autores acerca del mismo.

2. CONCEPTOS DE ESTADO DE NECESIDAD

Para Eduardo Novoa el estado de necesidad es una situación de peligro actual para un bien jurídico no originada en agresión ilegítima, en la que no existe otra forma de salvar dicho bien, sino mediante la vulneración de otro bien jurídico²⁹.

Sobre el punto, Alfredo Etcheberry³⁰ y Vivian Bullemore³¹, abrazan la definición dada por Sebastián Soler, quien señala que el estado de necesidad es una situación de peligro para un bien jurídico que sólo es posible salvar mediante la violación de otro.

Siguiendo con los conceptos, Luis Jiménez de Asúa, citando a von Liszt, señala que se trata de una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no cabe más alternativa que vulnerar los intereses ajenos³².

Para Garrido Montt, el estado de necesidad es justificante cuando el conflicto de los bienes jurídicos son de distinto valor, y será exculpante cuando aquel recae sobre bienes de igual valor³³, en el mismo sentido Gustavo Labatut, quien atiende a la

²⁸ACOSTA, S., op. cit., p. 706.

²⁹NOVOA, Monreal, Eduardo. *El Estado de Necesidad*. En: Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo I. 3ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2010, p. 355 ss.

³⁰ETCHEBERY, Alfredo. *El Principio del Interés Preponderante: La Preservación de un derecho*. En: Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 3ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 1997 p. 261 ss.

³¹BULLEMORE, Vivian, MACKINNON John. *El Estado de Necesidad*. En: Curso de Derecho Penal, Teoría del Delito, Tomo II. 3ª Edición. Santiago. Ed. Legal Publishing. 2010, p. 97 ss.

³²JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El Estado de Necesidad*. En: Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. 3ª Edición. Buenos Aires. Ed. Sudamericana S.A, 1958, p. 302.

³³GARRIDO, Montt, Mario. *El Estado de Necesidad Justificante*. En: Derecho Penal, Parte General, Tomo II. 4ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2009, p. 181 ss.

igualdad o desigualdad de los bienes o derechos en conflicto para determinar si estamos frente a un estado de necesidad justificante o dulpante.³⁴

En tanto para Politoff, Matus y Ramírez, el estado de necesidad será justificante cuando exista mal o peligro para un bien jurídico que sólo puede evitarse dañando un bien de menor entidad. En cambio será exculpante, si el bien que se sacrifica es de igual o mayor valor³⁵.

Los conceptos antes señalados, definen al estado de necesidad y lo clasifican en justificante o exculpante, según sea la entidad de los bienes en peligro y respecto del mal causado en relación al evitado, no obstante la doctrina también contempla otra clasificación, la cual atiende acerca de si el bien lesionado corresponde a un tercero inocente que no ha tomado un rol en el conflicto, caso en el cual estaremos frente a un estado de necesidad agresivo. Por el contrario si el peligro que motivó el sacrificio del bien se originó o deriva del ámbito organizacional de su titular, hablamos de estado de necesidad defensivo³⁶.

Siguiendo con el análisis, para que estemos frente a un estado de necesidad es preciso que exista una situación de necesidad, es decir que exista un conflicto de bienes jurídicos, originado por la ocurrencia de una situación de males, donde se ha causado éste dado que no existía otra alternativa a ello, lo cual permite tener al mal causado como indispensable para sortear al evitado. Al respecto Tatiana Vargas descarta un estado de necesidad en casos de encontrarse en peligro sólo un bien jurídico³⁷.

³⁴LABATUT, Glenda, Gustavo. *El Estado de Necesidad*. En: Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Actualizada por Julio Zenteno Vargas. 9ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2000 p. 103.

³⁵POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia. *Las Causales de Justificación en Particular*. En: Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2003, p. 228 ss y p. 340 ss.

³⁶JAKOBS, Günther. *El Estado de Necesidad Justificante*. En: Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2ª Edición. Madrid. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1997, p. 495 ss.

³⁷VARGAS, P., op. cit., p 762.

3. EL MAL GRAVE COMO PRESUPUESTO DE LA EXIMENTE

Que para poder analizar los requisitos de la eximente, primero se debe estar en la situación de tratar de evitar un mal grave, entendiendo por mal todo aquello que la sociedad valora de manera negativa³⁸, a este respecto Silva Sánchez³⁹ entiende por mal aquella conducta que lesiona un bien jurídico o vulnera un deber. Para Acosta un mal grave es el que afecta a la vida humana, y añade que debe ser real, es decir no imaginario⁴⁰. Mañalich señala que la existencia de un mal grave constituye el primer presupuesto para la procedencia de la exculpación, la cual debe afectar a bienes jurídicos de determinada entidad, cuya acción de salvamento se origine a consecuencia de dicha situación de peligro⁴¹. Tatiana Vargas señala que la gravedad del mal implica una exigencia de magnitud⁴², no obstante señala que no es la existencia de un mal lo que da origen a un estado de necesidad, sino el hecho que exista un conflicto entre dos bienes jurídicos que merecen protección, la cual se logra sólo sacrificando uno de ellos⁴³, donde dicha alternativa se presenta como la única posible de ejecutar, es decir inexistencia de otro medio practicable y menos perjudicial⁴⁴, por lo que en el evento que no existe dicha dualidad de bienes, no se está a su juicio frente a un estado de necesidad, como sería el caso del peligro que origina un tsunami, el cual puede no superarse, o bien sí, mediante avisos de alerta, donde no se afecten bienes de otros.

La gravedad del mal que se trata de impedir constituye presupuesto básico que reviste el carácter de esencial, apreciación que es coincidente en los autores, por lo que para que se pueda analizar si se configura la eximente en estudio, es forzoso que concurra, de lo contrario no procede. Para Acosta la gravedad del mal sólo es exigida por el N°11, mas no en el N°7, ni siquiera a nivel doctrinario⁴⁵.

³⁸SILVA, S., op. cit., p. 668 ss y p.675.

³⁹Ibíd., p. 667.

⁴⁰ACOSTA, S., op. cit., p 703.

⁴¹MAÑALICH, R., op. cit., p 730.

⁴²VARGAS, P., op. cit., p 750.

⁴³Ibíd., p. 749.

⁴⁴Ibíd., p. 750.

⁴⁵ACOSTA, S., op. cit., p. 702.

En cuanto al origen del mal, éste puede provenir de cualquier fuente, es decir de hechos de la naturaleza como del hombre; al respecto Silva Sánchez, excluye la agresión ilegítima, por estimar que es un presupuesto propio de la atenuante de legítima de defensa, en el mismo sentido Acosta, no obstante tratándose de casos de estado de necesidad agresivo es del parecer de admitir la agresión ilegítima siempre y cuando se trate de terceros inocentes no provocadores del mal⁴⁶, posición que en lo que se refiere a la génesis del mal, coincide con la del profesor Cury, quien señala que igualmente puede existir un estado de necesidad exculpante, si la acción salvadora se dirige en contra de un tercero que no provocó la agresión⁴⁷.

A juicio de Acosta el hecho de ser grave el mal, importa el establecimiento de una restricción a la hora de admitir un estado de necesidad ya sea justificante o exculpante, bajo el alero del N°11, puesto que no procedería la institución para casos en que concurren males que no revistan el adjetivo de ser graves⁴⁸, siendo sólo posible lograr el efecto de la eximente para daños patrimoniales conforme a la norma del N°7 del artículo 10 del Código Penal⁴⁹.

4. ELEMENTOS DE LA EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

Los elementos están señalados por la norma de manera taxativa, la cual utiliza la voz circunstancias, siendo éstas las siguientes:

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

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa."

⁴⁶Ibíd., p. 701.

⁴⁷CURY, U., Enrique. *Causales que se fundan en el principio del interés preponderante. Preservación de un derecho*. En: Derecho Penal Parte General. 7ª Edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005, p. 378.

⁴⁸ACOSTA, S., op. cit., p. 702.

⁴⁹Ibíd., p. 702.

A continuación analizaremos cada uno de los elementos para que pueda configurarse la eximente de responsabilidad en estudio.

4.1. ACTUALIDAD O INMINENCIA DEL MAL QUE SE TRATA DE EVITAR

Es actual el mal que se produce en el instante que se realiza la acción de salvamento del bien jurídico. Para Acosta el mal será actual cuando se está produciendo al momento de realizarse la acción típica salvadora y cuyo fin es que no subsista⁵⁰. Para Tatiana Vargas la voz actualidad alude a un riesgo que existe, es decir que se trate de un mal real y no imaginario⁵¹.

En cuanto a la inminencia del mal, se entiende aquel cuya ocurrencia es probable que acontezca si no se evita de otra manera, lo cual debe apreciarse de forma flexible, pudiendo tener inclusive el carácter del permanente según Cury, como lo sería el caso del tirano familiar, figura que imbuyó a que la eximente se instaure dentro de la ley 20.480, no obstante que la norma no lo señala de manera explícita. En el mismo sentido Juan Domingo Acosta, quien señala que la inminencia del mal permite justificar o exculpar conductas respecto de males que no han acaecido, asimismo indica que la acción salvadora puede tener cabida en el peligro permanente, esto es, aquella que se presenta durante un largo periodo de tiempo y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aun pueda tardar un tiempo en producirse el perjuicio.⁵² Al respecto Tatiana Vargas señala que la inminencia constituye una situación de peligro permanente que amenaza mayores riesgos⁵³.

En cuanto a la determinación del peligro, éste debe realizarse ex ante, en el caso concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso, y si es necesario oír a un experto ello debe realizarse⁵⁴, es decir debe realizarse un ejercicio de

⁵⁰Ibíd., p. 701.

⁵¹VARGAS, P., op. cit., p 752.

⁵²ROXIN, C. *El Estado de Necesidad y casos afines*. En: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego – Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Ed. Civitas, S.A. 1997, p.680.

⁵³VARGAS, P., op. cit., p. 752.

⁵⁴ACOSTA, S., op. cit., p. 702.

evaluación de males, cuyo resultado determinará la entidad del mal irrogado para preservar el bien amenazado, en orden a señalar si es inferior o superior. En esta materia Tatiana Vargas señala que debe efectuarse una ponderación ex ante de bienes y males, mediante un juicio objetivo que considere todas las circunstancias particulares, el cual se realiza respecto de los males que aún no se verifican, teniendo por tales al mal que se trata de evitar para salvar un bien jurídico y que implica un riesgo y al mal que aún no se ocasiona, pero cuya materialización es necesaria para resguardar el otro bien⁵⁵.

4.2. QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL PARA EVITARLO

En relación a esta circunstancia, estamos frente a lo que la doctrina denomina subsidiariedad, esto es la inexistencia de poder utilizar en la situación concreta otro medio viable y menos perjudicial que el mal causado y que permita evitar el mal que se trata de evadir. Lo anterior está íntimamente ligado al concepto de necesidad, esto es que el medio utilizado para frenar el mal que se avecina sea el idóneo o apto para conseguir ello.

Para María Elena Santibáñez se trata de un elemento negativo propio de un estado de necesidad, y que alude a la idea de racionalidad de la conducta realizada. La racionalidad debe entenderse mediante un ejercicio interpretativo, conforme al cual se arribe a la convicción que el mal causado era la única alternativa para evitar el mal que se cernía sobre los bienes jurídicos. En el evento que dicho análisis determine la existencia de otros medios menos lesivos, desaparece la subsidiariedad y por lo tanto la exigente.

En opinión de Cury, debe evaluarse si en el contexto podía razonablemente utilizarse otras medidas para evitar el riesgo que amenazaba, debiendo tener en cuenta la seriedad de la intervención que se hará en los bienes del tercero o terceros afectados, lo que implica que se está frente a un deber de examen por parte del autor, en el cual debe ponderar y evaluar si existen otros medios a utilizar para salvar el bien jurídico menos perjudiciales, y sólo en el evento que ello no sea posible se autoriza la

⁵⁵VARGAS, P., op. cit., p 763 ss.

intervención lesiva para los bienes ajenos. En relación a lo anterior, Acosta señala que mientras más cercano es el mal (inminencia), menor es la posibilidad de recurrir a medios alternativos⁵⁶.

Al respecto Tatiana Vargas explica la subsidiariedad en el sentido que el mal causado sería la única solución posible, para la salvaguarda del bien jurídico que está en peligro, situación que a juicio de la autora permite erigir la situación de necesidad⁵⁷.

4.3. QUE EL MAL CAUSADO NO SEA SUSTANCIALMENTE SUPERIOR AL QUE SE EVITA

Acosta entiende por mal causado la conducta típica, la cual es justificada o exculpada, según sea el estado de necesidad invocado⁵⁸.

Para apreciar esta circunstancia, debe ponderarse los males teniendo en consideración todos los intereses comprometidos. Los bienes jurídicos no obstante se aprecian en cuanto a su importancia y entidad, éstos no pueden ser valorados en abstracto⁵⁹. En el mismo sentido Acosta Sánchez, quien señala que es necesario realizar una ponderación de males, entre el que se ocasiona y entre el que se pretende evitar, lo cual tiene como objeto poder establecer si estamos frente a un estado de necesidad justificante, en caso que el mal causado sea menor al evitado o exculpante si el mal irrogado es igual o mayor, aunque no de manera sustancial, al mal evitado⁶⁰.

Esta comparación de males se realiza, según la doctrina considerando varios factores, siendo éstos a) la jerarquía del bien jurídico; b) intensidad de la afectación, sea por daño o peligro, y , en el primer caso, si la destrucción, del bien fue total o parcial, permanente o pasajera; c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar y; d) la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares⁶¹. María Elena Santibáñez

⁵⁶ACOSTA, S., op. cit., p. 708.

⁵⁷VARGAS, P., op. cit., p. 752.

⁵⁸ACOSTA, S., op. cit., p. 704 ss.

⁵⁹CURY, U., *El Estado de Necesidad en el Código Penal Chileno*, op. cit., p.260.

⁶⁰ACOSTA, S., op. cit., p. 704 ss

⁶¹ROXIN, C., op. cit., p. 682 ss.

expone que aparte de la consideración del objetivo de las normas amenazadas, es de suyo necesario tener presente como directriz la dignidad humana⁶².

Una vez aplicados los criterios se podrá determinar la entidad del mal causado para evitar otro y si éste es o no sustancialmente superior. Se entiende por sustancialmente superior todo mal que comparado al evadido presenta una desproporción significativa⁶³, lo cual viene en convertirse en un límite, que de traspasarse implica la negación de la eximente. Para Tatiana Vargas se trata de un límite, que da cuenta de una relación de proporcionalidad que debe existir entre el mal causado y el que se ha evitado⁶⁴, siendo posible que se irroguen males menores, iguales y superiores pero no sustancialmente en relación al evitado, y en estos dos últimos casos admite la autora que perfectamente puede tener aplicación la eximente, ya sea como estado de necesidad justificante y exculpante⁶⁵.

Siguiendo con el análisis de la circunstancia tercera, Mañalich prefiere hablar de un estándar de proporcionalidad, el cual está dado por una relación de proporción que debe verificarse entre el bien amenazado que motiva la acción de salvamento y el bien vulnerado a consecuencia de dicha acción. Por lo que de traspasarse dicho límite, es decir si se irroga un mal sustancialmente superior, para dicho autor, ello ya no estaría amparado por la causal de exculpación, toda vez que se estaría frente a un déficit de fidelidad del derecho⁶⁶, mismo razonamiento aplica el profesor Mañalich para la comprensión de aquellos casos en que en que no se verifica la subsidiariedad que exige la circunstancia segunda del número 11 del artículo 10⁶⁷.

Que en relación al mal causado, Vargas señala que en un estado de necesidad de exculpación es irrelevante la entidad de éste⁶⁸, por lo que siguiendo a Hernández, lo que importa es la posición que presentan los bienes en conflicto, por lo que de estar distanciados de manera importante se excluye la eximente, así indica que el mal

⁶²SANTIBAÑEZ, T., op. cit., p. 200 ss.

⁶³ACOSTA, S., op. cit., p. 706 ss

⁶⁴VARGAS, P., op. cit., p 766 ss.

⁶⁵Ibid., op. cit., p 760.

⁶⁶MAÑALICH, R., op. cit., p 732 ss.

⁶⁷Ibid., op. cit., p 732 ss.

⁶⁸VARGAS, P., op. cit., p 769.

causado será mayor cuando el bien salvado es de menor entidad en relación al sacrificado; o cuando éstos son equivalentes o a pesar de ser el bien salvado de mayor entidad al vulnerado, no existe una diferencia valorativa considerable que lo tenga como sustancial⁶⁹.

4.4. OBLIGACIÓN DE SOPORTAR EL PELIGRO

La circunstancia cuarta del N°11 señala 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.

Este requisito debe analizarse en el sentido que no exista una obligación de sacrificio para el que actúa, de tener que tolerar el mal que se cierne sobre el bien jurídico propio o en el caso de terceros, del deber de tolerar éstos dicho mal. Estamos frente a situaciones en que la persona ha asumido de manera voluntaria una actividad que implica afrontar riesgos, como lo es la medicina, bomberos, rescatistas, fuerzas armadas, etc., lo anterior es sólo por vía ejemplar, puesto que la regulación chilena, al igual que la española, quedó redactada en términos amplios. Esta obligación dice relación con el hecho de afrontar el riesgo, puesto la obligación de sacrificio no debe interpretarse, como bien lo señala Cury y Roxin en el sentido que se lesione o se pierda efectivamente el bien jurídico sacrificado, sobre todo si se trata de la vida, integridad corporal o la libertad, puesto que nadie en esas situaciones está obligado a dejarse matar sin hacer nada para evitarlo, es decir la obligación de sacrificio no es en términos absolutos.

En opinión del profesor Juan Acosta este requisito comprende dos grupos de casos, el primero sería el que surge de una especial relación jurídica, que comprende situaciones de quienes ejercen ciertos cargos, oficios o profesiones que impliquen enfrentar riesgos, agregándose por la doctrina la posición de garante respecto del objeto de protección. En cuanto a la exigencia cuarta que hace el N°11, para Acosta ésta debe realizarse de manera razonable, respecto de actuaciones dentro del ámbito

⁶⁹Ibid., op. cit., p 770 ss.

del cargo o profesiones y no fuera de ellas, que implica un conocimiento real o potencial de la obligación de tolerancia por parte del salvador, lo que es relevante en el auxilio necesario, en cuyo caso debe recaer sobre la persona cuyos derechos se preservan. La exigencia legal debe ser apreciada con un criterio *ex ante* y considerando las circunstancias objetivas del caso, dejando claro el autor que se trata de un deber de tolerancia y no de sacrificio ciego⁷⁰. El segundo grupo que advierte Acosta es la provocación del peligro, el cual trataremos en el subtítulo siguiente.

En relación al tema, Mañalich explica que la circunstancia cuarta se verifica cuando estamos frente a la ausencia de la obligación para el titular del bien amenazado o en peligro de tener que soportarlo, por presentar una determinada posición jurídica, carga que no necesariamente se identifica con la persona que despliega la acción de salvaguarda, puesto que la norma permite, tal como ya se ha señalado, el auxilio a terceros, casos en los cuales serán estos últimos a los que deberá examinarse, para determinar si presentan dicha obligación⁷¹. Al respecto Tatiana Vargas señala que la circunstancia cuarta del N°11 comprende la idea de exigencia, la que debe realizarse de manera razonada al titular del bien amenazado de tener que soportar el sacrificio de éste o para el tercero amenazado, siempre que el agente pudiese estar en conocimiento de ello, agrega que la exigencia de soportar el sacrificio lo es en reacción al mal que se trata de evitar, y no del mal causado para tal fin⁷².

4.4.1. Que la situación de necesidad no haya sido provocada por el sujeto

El artículo 10 N°11 del Código Penal no contempló dentro de su construcción la situación de la persona que ha generado la situación de peligro para el bien jurídico que ahora se pretende salvar, ya sea propio o ajeno, a diferencia de lo que sucede en la legislación española y alemana, las que sí contemplan dichas hipótesis, en su artículo 20.5 y § 35 respectivamente. Al respecto Juan Domingo Acosta es de la consideración de negar la eximente a todos aquellos riesgos que el sujeto se representó dolosamente, ya sea con dolo directo o eventual, lo que nos permitiría

⁷⁰ ACOSTA, J., op. cit., p. 708 ss.

⁷¹ MAÑALICH, R., op. cit., p 736 ss.

⁷² VARGAS, P., op. cit., p 754.

inferir que sí estarían amparados todos los peligros derivados de la culpa o imprudencia⁷³, y en lo que a auxilio necesario se refiere, dicho autor es del parecer que el peligro no lo genere el salvador, de lo contrario es improcedente admitir la eximente. Al respecto Mañalich señala, que cuando el auxiliador actúa para salvar bienes ajenos respecto de un peligro que aquel no ha creado, es viable la exculpación, toda vez que no hay razón para proceder a una imputación⁷⁴. A su vez María Elena Santibáñez no permite que se invoque la eximente por parte de aquel que haya producido un mal grave a otro, y que ahora trata de evitar⁷⁵.

La situación antes planteada a juicio de Juan Pablo Mañalich podría tratarse dentro del ámbito de una imputación extraordinaria, es decir que aun cuando se acredite las condiciones para determinar que el sujeto no puede dar cumplimiento fiel a la norma, igualmente procede la imputación jurídico penal, ello por haber generado previamente el peligro que ahora intenta evitar mediante acciones de salvamento, situación que para el autor es considerada como una infracción de incumbencia, es decir inobservancia de una situación de comportamiento que le era exigible, la cual tiene como efecto la privación de invocar el recurso de la falta de motivación leal a la norma⁷⁶, no obstante, la solución dogmática anterior colisiona con la falta de texto legal expreso, puesto que el N°11 no lo contempló esta situación como ya se dijo, por lo que a juicio del autor antes referido podría dársele cabida dentro de la circunstancia cuarta del número 11, es decir que se podrá imputar extraordinariamente, ya que el estado de necesidad exculpante no podrá tener aplicación por la falta de verificación de la circunstancia cuarta de la norma, ello es así, ya que el que ha creado intencionadamente el peligro no tendría la opción de señalar que no le asiste una obligación de sacrificio, ello puesto que el deber de tolerarlo se reivindica cuando puede ser razonablemente exigido, y en este caso dicha exigencia razonable se materializa positivamente en orden a hacerla efectiva por haber creado el mal que ahora pretende apartar⁷⁷. Al respecto Tatiana Vargas si bien no hace referencia expresa a la imputación extraordinaria, comparte la solución antes planteada en cuanto

⁷³ACOSTA, J., op. cit., p. 709 ss.

⁷⁴MAÑALICH, R., op. cit., p 739 ss.

⁷⁵SANTIBAÑEZ, T., op. cit., p. 202.

⁷⁶MAÑALICH, R., op. cit., p 737 ss.

⁷⁷Ibíd., p 740.

a su efecto de privar del estado de necesidad exculpante, para lo cual articula su postura sobre la base que la circunstancia cuarta del N°11 contempla un deber jurídico para el titular o tercero auxiliado, el cual se traduce en la exigencia razonable de tolerar éstos el peligro, cuando aquel adrede ha sido provocado⁷⁸.

5. ELEMENTO SUBJETIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD

Este elemento psicológico está presente y es requerido por la norma, toda vez que ella exige que se obre para evitar un mal, lo cual implica tener conciencia de que se actúa con la intención de impedir el peligro que se avecina.

En relación al tema, Acosta señala que en el N°11 del artículo 10 del Código Penal se requiere que la conducta se realice para evitar un mal, postulando el mismo requerimiento para el N°7 de la norma antes citada⁷⁹.

Al respecto María Elena Santibáñez Torres y Tatiana Vargas Pinto⁸⁰ señalan que quien actúa bajo un estado de necesidad, debe hacerlo con conciencia que dicha acción la ejecuta para evitar un mal grave.

En opinión de Juan Pablo Mañalich, el conocimiento que se exige en un estado de necesidad exculpante, es un elemento diferenciador con el estado de necesidad justificante, en cual en este último sólo se requiere que se verifiquen los elementos objetivos de éste para que el hecho sea considerado como justificado⁸¹.

Es decir es absolutamente necesario que, el que actúa tenga conciencia y comprensión de la situación de necesidad, siendo esto lo que lo motiva a actuar en orden a desplegar acciones tendientes a salvar el bien jurídico, en este sentido Mañalich indica que en estos casos la motivación a actuar por parte del agente implica que éste sabe acerca de la situación de peligro⁸², es decir estamos frente a un elemento subjetivo, que se traduce en conocer por parte del que actúa dicho peligro, que se cierne para un bien jurídico que presenta una entidad importante, y que es ello

⁷⁸VARGAS, P., op. cit., p 757 ss.

⁷⁹ACOSTA, S., op. cit., p. 700.

⁸⁰SANTIBÁÑEZ, T., op. cit., p.202.

⁸¹MAÑALICH, R., op. cit., p 730, nota al pie de página número 44.

⁸²Ibíd. p 730.

lo que lo motiva a actuar de esa forma. Para Tatiana Vargas dicho conocimiento no se refiere al mal causado para conjurar el peligro, sino que consiste en que el agente conozca el mal que trata de evitar⁸³.

6. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

El Código Penal español del año 1995 contempla en su artículo 20.5 que están Exentos de responsabilidad penal el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero: Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero: Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

La norma así establecida, claramente señala que es un estado de necesidad, no obstante no señaló de manera explícita, al igual que el caso chileno, la distinción entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad exculpante, postulándose a juicio de Quintero que primó la teoría monista, dejando de lado la teoría dualista.⁸⁴

Siguiendo a Bustos⁸⁵ y Enrique Bacigalupo⁸⁶, el artículo 20.5 del Código Penal español abraza dos supuestos, lo que es claro de su lectura, siendo éstos un conflicto de bienes jurídicos y una colisión de deberes jurídicos. Respecto de los primeros, los bienes pueden ser de igual o diverso valor, establecido esto, de acuerdo a la Teoría mayoritaria de la Diferenciación, estaremos frente a un estado de necesidad justificante cuando el bien sacrificado sea de menor valor que el salvado y será exculpante cuando

⁸³VARGAS, P., op. cit., p 757 ss.

⁸⁴QUINTERO, O., Gonzalo (editor). *De las causas que eximen de responsabilidad criminal*. En: Comentarios al nuevo código penal. 4ª edición. Navarra. Ed. Aranzadi. 2005. p. 175 ss.

⁸⁵BUSTOS, R, Juan y HORMAZÁBAL, M, Hernán. *Las Causas de Justificación: El Estado de Necesidad*. En: Lecciones Derecho Penal, volumen II, Teoría del Delito, Teoría del Sujeto Responsable y Circunstancias del Delito. Madrid. Ed. Trotta. 1999, p.139.

⁸⁶BACIGALUPO, Enrique. *El Estado de Necesidad*. En: Derecho Penal, Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires. Ed. Hammurabi SRL. 1999, p. 372 ss.

el bien sacrificado tenga igual valor que el amenazado. En tanto habrá colisión de deberes jurídicos, cuando el conflicto que se presenta para el sujeto que tiene un deber de evitar un mal ajeno, a su vez tiene el deber de abstenerse de cometer la acción prohibida por ley o de realizarla, para el caso de los delitos por omisión. Quintero es del parecer que estas situaciones deben tratarse no el artículo 20.5 sino en el artículo 20.7 relativo al cumplimiento de deberes genéricos, toda vez que los criterios no serían tan estrictos por no verificarse en esta norma el principio de proporcionalidad.

Claramente de la lectura del precepto del artículo 20.5 del Código Penal español, no se definió lo que debía entenderse por estado de necesidad, tan sólo se limitó a establecer los requisitos para su procedencia, por lo que Gonzalo Quintero señala que de la norma se infiere que se trata de un contexto de conflicto entre bienes jurídicos, que sólo puede superarse mediante el sacrificio o menoscabo de uno de ellos⁸⁷. Indica además que tanto la doctrina jurisprudencial es pacífica en cuanto a los requisitos se refiere, siendo elemento esencial de la eximente la situación de necesidad, de no concurrir ella, desaparece por completo. Al respecto Elena Larrauri, señala que constituye una situación de necesidad, el peligro para un bien jurídico, cuya evitación pasa por la vulneración de otro bien jurídico⁸⁸.

El presupuesto básico de la eximente es la existencia de un peligro objetivo, el cual debe ser real y actual para un bien jurídico, ya sea propio o ajeno. A diferencia del caso chileno que contempla legalmente la situación de inminencia del mal, gravedad del mismo y el requisito de subsidiariedad, en el caso español dichas circunstancias no están contempladas en la norma, las que son añadidas por la doctrina y/o jurisprudencia. Para Bustos⁸⁹ la situación de peligro debe ser actual o inminente y real; y para los casos de los peligros permanentes o continuos, éstos deben considerarse como actuales.

En el caso de la inminencia, la doctrina la entiende como probabilidad de la producción del mal. Respecto de que el mal sea grave es una circunstancia que es

⁸⁷QUINTERO, O., op. cit., p. 176.

⁸⁸LARRAURI, Elena y VARONA, Daniel. *Estado de Necesidad*. En: *Violencia Doméstica y Legítima Defensa*. Barcelona. Ed. EUB. 1995, p. 69.

⁸⁹BUSTOS, R., op. cit., p.144.

reclamada por la jurisprudencia, lo mismo para el caso de la subsidiariedad, la cual el Tribunal Supremo español la exige en términos absolutos, esto es que deben agotarse otras vías en miras de la salvaguarda del bien jurídico, de no realizarse ello no procede el reconocimiento de la eximente. Así realizado lo anterior y de no poder evitar el mal por otra vía menos gravosa, tendría aplicación el instituto. Al respecto Elena Larrauri y Daniel Varona, señalan que aun cuando exista un medio menos lesivo, que no es utilizado por el necesitado, ello no obsta a la existencia de la situación de estado de necesidad, en la cual la única forma de afrontarla es mediante la vulneración del bien jurídico ajeno⁹⁰, es decir la autora postula que no por el solo hecho de existir un medio comisivo menos lesivo, desaparece la situación de necesidad. Al respecto hemos de señalar que se comparte ello, pero estimamos que su fundamento radica en que la presencia de medios menos perjudiciales no implican que éstos sean efectivos, siendo esta última característica la que permite explicar de mejor manera el supuesto.

Siguiendo con el análisis, la subsidiariedad para Bustos está dada por la acción de defensa, la cual entiende como aquella que racionalmente es inevitable, por lo tanto de existir otros medios practicables para evitar el peligro, éstos deben ser utilizados. Que para llegar a dicha conclusión, la doctrina indica que es necesario hacer una interpretación sobre la base de un juicio valorativo objetivo ex ante, a lo cual adhiere la jurisprudencia. Cerezo y Valle⁹¹ señalan que este juicio valorativo debe realizarse situándose en el lugar del sujeto activo y en el momento que éste se disponía a realizar la acción.

6.1. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE LA EXIMIENTE DE ESTADO DE NECESIDAD DEL ARTÍCULO 20.5 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

6.1.1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar

De la sola lectura del requisito se advierte que el mal que se causa puede ser menor o igual que el que se trata de impedir, a diferencia del caso chileno que autoriza males superiores, pero no de manera sustancial. También como en el análisis del artículo 10 N°11, la doctrina entiende que no estamos en presencia de una

⁹⁰LARRAURI, E., op. cit., p. 72 ss.

⁹¹QUINTERO, O., op. cit., p. 179.

comparación de bienes jurídicos, sino de males, que es un concepto más amplio que comprende también una ponderación de intereses, rango de los bienes jurídico, el tipo de peligro, si existe lesión efectiva, gravedad y posibilidad de reparación de la lesión. Realizado el examen conforme a los criterios antes dicho, si el conflicto de intereses es desigual le es aplicable el estado de necesidad justificante, por el contrario si el conflicto de intereses es igual o equivalente procede el estado de necesidad exculpante, ello conforme a la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia. En este sentido Quintero⁹² agrega que no sólo deben considerarse en la ponderación de intereses los criterios antes mencionados, sino que en dicha valoración debe realizarse teniendo en cuenta siempre el principio de la dignidad humana, el cual tiene rango constitucional por estar establecido en la Constitución, el que cumpliría en la interpretación una función alumbradora. Esto implica que en el evento que se cause un mal menor en comparación al que se trataba de evitar y habiendo ello ocasionado una grave violación del principio dignidad humana, no sería posible aplicar la eximente y en definitiva se estaría frente a un mal mayor que el que se pretendía evitar.

Para Bustos este requisito dice relación con el ejercicio de una ponderación de total de los intereses, donde el mal que se causa deber ser menor al evitado, debiendo tener en consideración el lugar jerárquico que ocupa el bien, el tipo de peligro abstracto o concreto, lesión cierta, procedencia del mal. No obstante lo anterior, en el caso de la vida, indica que no existe la opción de ponderar, puesto que a lo más existe el peligro versus la lesión efectiva, de allí que postula que la vida no puede ser sacrificada.

6.1.2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto

Este requisito, que no se encuentra dentro de la fórmula chilena, implica que el sujeto no haya provocado a propósito la situación de estado de necesidad. La provocación así entendida, implica que no se trata tan sólo de la creación de un peligro, sino que debe existir una intencionalidad dolosa en su generación. Por lo tanto, fuera de los casos creados mediante dolo, es posible que la provocación imprudente quede cubierta con la eximente, no obstante un sector de la doctrina como Mir, Cobo y

⁹²Ibíd. p. 185 ss.

Vives⁹³ admiten que se pueda castigar a título de la infracción del deber objetivo de cuidado.

Ahora bien, en el caso en que es el tercero quien ha provocado intencionadamente la situación de estado de necesidad, a éste, a juicio de Quintero, debería aplicársele la eximente en su versión incompleta, por no estar elevado a la categoría de esencial el requisito. Otros, como Córdoba y Gómez Benítez, estiman que el requisito es esencial por lo tanto no es procedente su aplicación como eximente⁹⁴.

Bustos indica que si es el tercero auxiliado el que provoca el mal, sí estaría amparado por el estado de necesidad, no obstante formula la crítica de ser contradictorio, puesto que no es dable que un sujeto se beneficie de su propio injusto. De lo anterior, se ha de concluir que el profesor Bustos es del parecer que la provocación sea de carácter doloso, puesto que crítica la falta de consideración de provocaciones culposas. En este sentido Jiménez de Asúa señala que los actos dolosos se excluyen, toda vez que han sido causados ex profeso, además otorga reconocimiento expreso a la posibilidad de dar aplicación al estado de necesidad cuando las conductas sean de carácter culposas⁹⁵.

6.1.3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse

Este requisito, al igual que la eximente del artículo 10 N°11, implica que el necesitado no tenga una obligación de sacrificio en virtud del cargo u oficio que detenta. Estamos frente a obligación de carácter jurídico, no moral, que tienen su fuente en profesiones o cargos que envuelven riesgos en su ejercicio.

La doctrinaria de manera unánime ha señalado que el deber de sacrificio no es absoluto, esto quiere decir que si el deber de sacrificio se torna infructuoso o es desproporcionado el sacrificio en comparación al interés que se pretende conservar, procede que se aplique la eximente en su versión completa. En sintonía con lo anterior,

⁹³Ibíd. p. 187 ss.

⁹⁴Ibíd. p. 187 ss.

⁹⁵JIMÉNEZ DE ASÚA, L., op. cit., p. 311.

Quintero⁹⁶ señala que de no verificarse el presente requisito, es posible que la institución subsista en su modalidad de eximente incompleta, por no ser esencial.

Esta obligación de sacrificio también alcanza al tercero necesitado, si éste ejerce un cargo o profesión que lleve aparejado riesgos.

6.2. BIENES SUSCEPTIBLES DE SER AMPARADOS

En lo que a bienes posibles de ser salvados se refiere, al igual que la eximente chilena y la justificante del derecho alemán, éstos pueden ser de cualquier clase, y así lo confirma Jiménez de Asúa⁹⁷, lo que marca una diferencia con la exculpante alemana, que indica taxativamente los bienes que pueden salvarse. Al respecto Bustos señala que no existe razón para limitarlos, por su lado Bacigalupo critica dicha amplitud, haciendo presente que en el derecho europeo la institución se limita ya sea en orden a los bienes jurídicos que pueden salvarse; en cuanto a la proporción entre el sacrificio del bien en relación al que se salva y; en relación a la subsidiariedad del medio empleado⁹⁸.

En el mismo orden de ideas, Quintero es del parecer que sólo pueden lesionarse los bienes protegidos por el derecho, cualquiera que sea el área del mismo, no siendo necesario que provengan exclusivamente del derecho penal⁹⁹.

6.3. AUXILIO NECESARIO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Del encabezado del artículo 20.5 se puede advertir que éste, al igual que la eximente chilena, contempla el auxilio necesario, esto es, casos en que el sujeto activo actúa para evitar un mal ajeno, ello en contraposición al estado de necesidad propio en que el sujeto actúa para evitarse a sí mismo un mal. El auxilio necesario es criticado por la doctrina por ser demasiado amplio, toda vez que no consagra límites ya sea en relación a los bienes, ni personas que actúan o son amenazadas, a diferencia de la disculpante del derecho alemán que lo limita en base a quienes se puede defender. En

⁹⁶QUINTERO, O., op. cit., p.188 ss.

⁹⁷JIMÉNEZ DE ASÚA, L., op. cit., p. 310.

⁹⁸BACIGALUPO, E., op. cit., p. 375 ss.

⁹⁹QUINTERO, O., op. cit., p.181.

relación a la crítica Jiménez de Asúa indica que deben establecerse reglas en este sentido, sobre todo cuando las acciones de salvamento repercuten en la vida humana¹⁰⁰.

6.4. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD

Tratamiento aparte merece el elemento subjetivo de la eximente, el cual comprende la conciencia de la situación de peligro y la voluntad de defenderse. A juicio de Quintero¹⁰¹, de la redacción del artículo 20.5 “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno...”, se expresa dos elementos subjetivos, el primero está dado por la expresión “estado de necesidad” que implica que el sujeto tiene conocimiento de la presencia de los elementos objetivos que configuran la eximente y en especial de la propia existencia de la situación de estado de necesidad. El segundo elemento subjetivo consistiría en el ánimo del sujeto de evitar el mal, ya sea propio o ajeno.

Bustos también permite que puedan quedar amparadas bajo los efectos del estado de necesidad, los hechos culposos que se cometen con ocasión del despliegue de las conductas salvadoras¹⁰², entendemos que ello es así, puesto que se ejecutan con ocasión del móvil de salvar el bien que está en peligro.

Por último debe señalarse que la falta de este elemento, no permite configurar la eximente ni aun en su forma de incompleta.

7. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN

El derecho alemán ha regulado positivamente en su Código Penal el estado de necesidad justificante como exculpante, ello en sus § 34 y § 35 respectivamente.

¹⁰⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., op. cit., p.310.

¹⁰¹ QUINTERO, O., op. cit., p. 187 ss.

¹⁰² BUSTOS, R., op. cit., p.149.

Al respecto, Roxin señala que la diferencia teleológica que existe entre el estado de necesidad del 34 versus la del 35, es que la primera actúa como una causal de justificación, en cambio la segunda lo hace como una causal de exculpación.¹⁰³

8. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE EN EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN. ANÁLISIS

Del tenor de la norma § 34¹⁰⁴, podemos advertir las siguientes características.

8.1. BIENES AMPARADOS

Éstos pueden ser de cualquier clase, presentado el mismo tratamiento que en Chile y España, al respecto la norma sólo señala por vía ejemplar el cuerpo, la libertad, honor, propiedad, no obstante es claro que no es un catálogo taxativo, sino que es abierto, lo que se afirma de la expresión “u otro bien jurídico”... La novedad que ofrece ello, es que el bien jurídico no necesita que el ordenamiento jurídico le brinde protección penal, por lo que pueden invocarse bienes de cualquier área del derecho, como lo sería la estabilidad en el empleo que busca mantenerse mediante la ejecución de órdenes impartidas por el jefe, que tienen el carácter de antirreglamentarias. Tampoco es necesario que los bienes en conflicto sean de propiedad del necesitado, ello puesto que la norma autoriza las acciones de salvamento respecto de terceros.

En consonancia con lo anterior, Jescheck señala que la norma también protege bienes colectivos¹⁰⁵, en el mismo sentido Roxin¹⁰⁶. Por su parte, Jakobs admite que también pueden salvarse los bienes del Estado¹⁰⁷.

¹⁰³ROXIN, C., op. cit., p. 896.

¹⁰⁴El § 34 del Código Penal alemán dispone “Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro”.

¹⁰⁵JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas. *El estado de necesidad justificante*. En: Tratado de Derecho Penal, Parte General. Traducción de la 5ª Edición por Miguel Olmedo Cardenete. Granada. Ed. Comares. 2002, p. 387.

¹⁰⁶ROXIN., op. cit., p. 675 ss.

¹⁰⁷JAKOBS, G., op. cit., p. 499.

8.2. EL PELIGRO PARA EL BIEN JURÍDICO

Por peligro se entiende aquel mal probable que pueda lesionar un bien jurídico.

A juicio de Roxin, lo importante es tomar en cuenta el grado de peligro que existe, no el hecho de ser concreto, así según este baremo, lo importante es la probabilidad de la ocurrencia del peligro, aun cuando ésta sea en un porcentaje pequeño, todo lo cual debe realizarse mediante una valoración de carácter objetiva, *ex ante*, con los conocimientos del hombre medio inteligente y sensato, el cual si además posee otros conocimientos especiales, éstos también deber ser tenidos en cuenta en dicha valoración, en el mismo sentido Jakobs¹⁰⁸. Se citan, por ejemplo, el conocimiento que tiene el bombero respecto del fuego que ocasiona un peligro; el médico, respecto de un accidente que acaba de presenciar; etc. Al respecto Roxin es del parecer que se escuche el dictamen de un experto en el juicio de peligro referente a circunstancias donde por su naturaleza es preciso oír a peritos¹⁰⁹, en el mismo sentido Jakobs.

8.3. LA FUENTE DEL PELIGRO

Éste puede provenir tanto de hechos de la naturaleza como del hombre. En el caso de peligros causados por el hombre, dicho mal perfectamente puede causarlo un tercero de cuyo ámbito organizacional deriva el peligro, casos de estado de necesidad defensivo, o bien el peligro pudo haberlo generado el propio necesitado. En relación a esto último nada dijo la justificante del § 34, a diferencia del § 35 del mismo Código y artículo 20.5 del Código Penal español, que exigen que ello no sea provocada intencionadamente por el sujeto. Roxin señala que se acepta mayoritariamente que sólo los peligros culpables estarían cubiertos por la justificante¹¹⁰, ello puesto que lo que se persigue es la mantención de intereses que resultan ser preponderantes; última característica que no se presenta cuando los peligros han sido generados de manera voluntaria, caso en los cuales están privados de la justificante. Entendemos que la negación de la justificante a peligros creados *ex profeso* está dado por el hecho que ha sido el propio sujeto quien coloca en peligro su bien jurídico, cuya salvación amenaza

¹⁰⁸Ibíd., p. 500.

¹⁰⁹ROXIN., op. cit., p.679.

¹¹⁰Ibíd., p. 697.

la vulneración de otro bien, forzando así una ponderación de intereses, que no habría sido necesario realizar, solución que se estima acertada, sobre todo cuando estamos frente a eventuales sacrificios de bienes como la vida e integridad que un inocente no debería soportar.

8.4. ACTUALIDAD DEL PELIGRO

Este concepto, se entiende como un peligro cierto que se cierne para un bien jurídico. La fórmula alemana de la justificante no contempló de manera expresa la inminencia del peligro, es decir situaciones en que es probable que ocurra. No obstante, la doctrina ha contribuido a ello elaborando supuestos de actualidad de peligros, en las que éste aún no se produce, siendo los casos en que el peligro si bien no es inminente, en el futuro dicho peligro será imposible evitarlo, o de ser posible ello, se enfrentarían a riesgos superiores¹¹¹. Es decir, que de no afrontarse en el presente, ello será del todo imposible más adelante o bien se pueden presentar consecuencias incrementadas en comparación a las existentes actualmente.

El otro caso está dado por el llamado peligro permanente, que es la situación de peligro que se mantiene durante largo tiempo y que puede ocasionar en cualquier instante un daño¹¹². Al respecto, abordaremos este tema más adelante al tratar el estado de necesidad exculpante.

8.5. LA SUBSIDIARIEDAD Y NECESARIEDAD DEL MEDIO EMPLEADO

Al igual que la legislación chilena y española, la alemana también exige que el medio empleado para la evitación del daño, sea el menos lesivo y adecuado dentro del abanico disponible, lo que implica a juicio de Roxin que deben buscarse alternativas para enfrentar el peligro antes de admitirse el estado de necesidad, lo cual sólo sucederá si no le era posible al sujeto recurrir a otros medios eficaces para detener el peligro. En este sentido Jakobs indica que es adecuada la acción que logra terminar con el peligro¹¹³.

¹¹¹Ibíd., p. 680.

¹¹²Ibíd., p. 680.

¹¹³JAKOBS, G., op. cit., p. 503.

8.6. PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO

Tal como ya se ha señalado respecto de los casos chileno y español, el alemán también exige un ejercicio interpretativo de ponderación, el que debe hacerse teniendo en consideración varios factores, los cuales deben interpretarse de manera armónica, prescindiendo de consideraciones aisladas que puedan llevar a resultados equívocos y parciales. Al respecto Roxin señala que el derecho alemán considera el marco penal a la hora de realizar la ponderación, no obstante no todos los bienes jurídicos tienen en dicho ordenamiento jurídico una protección penal, en el mismo sentido Jakobs¹¹⁴, o bien existiendo ello, la pena a aplicar varía dada las circunstancias del caso concreto. Todo lo cual no permite llevar a cabo el ejercicio interpretativo, por lo que se hace necesario integrar otros elementos. Así expresa Roxin que existen reglas generales que deben tenerse en cuenta, siendo éstas: que ante daños concretos las normas de orden general ceden; los bienes de la personalidad priman sobre los patrimoniales y; que la vida e integridad están por sobre todos los anteriores, salvo excepciones de vulneraciones leves a ella, donde se permite la salvación de un bien distinto a los de la personalidad. Esto se explica puesto que en la valoración debe tenerse en consideración la intensidad del daño ocasionado al bien jurídico, puesto que no es lo mismo sacrificar la libertad de una persona por preferir evitar una lesión leve al necesitado que sanará dentro de dos días. Este elemento de la intensidad del daño, es sumamente orientador a la hora de efectuar la ponderación de intereses, puesto que permitiría evidenciar de manera clara cuándo el sacrificio de un bien resulta adecuado en comparación al que se ha salvado, puesto que permitiría apreciar patentemente su esencialidad.

No obstante lo afirmado recién, no resulta tan nítido en aquellas situaciones donde el conflicto se presente entre vidas, donde ambas son esenciales, y sólo una de ellas puede ser salvada. La respuesta a ello la entrega Roxin, quien indica derechamente que la ponderación no tiene lugar, puesto que estamos antes bienes

¹¹⁴Ibíd., p. 505.

que tienen el mismo valor, acierto que es inalterable, inclusive en las comunidades de peligro, donde la muerte de una persona permitiría la salvación de otra u otras.¹¹⁵

8.7. OBLIGACIÓN DE AFRONTAR EL PELIGRO

La doctrina estima aplicable dentro de la norma del § 34, la obligación de afrontar el peligro, para aquellas personas que por su posición jurídica especial, ejercen determinadas profesiones o cargos, incluyéndose a la posición de garante. En relación a ello, Roxin señala que lo correcto es que se hable de obligación de soportar peligros, no de sacrificio¹¹⁶, que ello es distinto porque no se exige de manera absoluta soportar el riesgo, permitiéndose que éste sea eludido cuando exista certeza de un menoscabo para la vida o integridad del obligado.

Esta concesión que la doctrina hizo para la justificante, permite razonarse conforme a lo que ella misma ha resuelto en relación a la exculpante del § 35, la cual sí consagra la obligación de afrontar el peligro, la que abordaremos en su oportunidad.

9. EL ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE EN EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN. ANÁLISIS

Para Jescheck y Weigend, a pesar del tenor literal, el estado de necesidad constituye una causa de exculpación, que descansa sobre una disminución del injusto y una doble reducción del contenido de culpabilidad¹. Así en el derecho penal alemán los requisitos del estado de necesidad exculpante son taxativos y categóricos, no siendo admisible su ampliación por vía de interpretación judicial. A continuación analizaremos la exculpante.

Del tenor de la norma § 35¹¹⁷, podemos advertir las siguientes características.

¹¹⁵ROXIN., op. cit., p. 686 ss.

¹¹⁶Ibíd., p. 701.

¹¹⁷El § 35 del Código Penal Alemán señala "(1) Quien en un peligro para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente, o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso I¹¹⁷., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

9.1. BIENES AMPARADOS

El derecho alemán vino en establecer un catálogo cerrado de bienes, impidiendo su ampliación mediante interpretaciones doctrinales, dado que no contempló en su construcción la expresión “u otro bien jurídico”, como sí lo hizo con la justificante, señalando que sólo la vida, el cuerpo, la cual también abarca el peligro de abuso sexual, y la libertad de movimiento, son bienes que permiten su amparo mediante el estado de necesidad exculpante. En opinión del autor Jescheck¹¹⁸, la restricción antes señalada radica en que cuando existe peligro para los bienes jurídicos esenciales, se obstaculiza de manera importante la autodeterminación conforme a la norma, lo que le lleva a concluir que, los menoscabos leves no estarían amparados.

9.2. EL PELIGRO PARA EL BIEN JURÍDICO Y LA ACTUALIDAD DEL PELIGRO

La norma habla de peligro, y se entiende tal, el acaecimiento de un daño que aparece como algo seguro o altamente probable si no se busca un remedio inmediato a la situación, Roxin indica que el estándar es el mismo que el que se exige en el estado de necesidad justificante,¹¹⁹ todo ello conforme a un procedimiento de carácter objetivo y ex ante, a lo cual adhiere Jakobs¹²⁰. En este sentido Mezger señala que se presenta el estado de necesidad, cuando no es factible realizar otra acción para detenerlo, es decir que el estado de necesidad es el último recurso a utilizar, ya sea por la inexistencia de otros medios o bien, existiendo ellos, éstos no son útiles para frenar el mal que se cierne¹²¹. En relación con el peligro, se considera como actual un riesgo permanente, en la medida que éste puede agudizarse en cualquier momento, en el mismo sentido Roxin¹²², quien habla de peligro permanente, citando como ejemplo al tirano familiar, quien puede que esté pacífico, pero en cualquier momento puede

(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.”

¹¹⁸JESCHECK, H., op. cit., p. 517.

¹¹⁹ROXIN, op. cit., p. 902.

¹²⁰JAKOBS, G., op. cit., p. 691.

¹²¹MEZGER, Edmund. *El estado de necesidad*. En: Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General. 6ª Edición. Buenos Aires. Ed. Bibliográfica. 1958, p. 270.

¹²²ROXIN., op. cit., p. 903.

actuar, en el mismo sentido Jakobs¹²³. En este orden de ideas, Roxin opina que los casos en que se da muerte al tirano familiar mientras éste duerme, sólo es factible de analizar dentro de la legítima defensa o en el estado de necesidad defensivo conforme a la norma del 35, ello siempre y cuando exista como correlato otro mal similar e inminente al que se causa, para la vida o integridad del que se defiende o necesitado, siendo categórico en el sentido de cerrar la puerta a que pueda tener aplicación un estado de necesidad justificante¹²⁴.

9.3. LA FUENTE DEL PELIGRO

En cuanto a la fuente del peligro es indiferente, puesto que puede generarse de cualquier forma, ya sea por hechos de la naturaleza o del hombre, remitiéndonos a todo lo dicho en relación a ello a lo largo de este trabajo.

9.4. LA SUBSIDIARIEDAD Y NECESARIEDAD DEL MEDIO EMPLEADO

Jescheck y Weigend señalan que se entiende por acción necesaria toda intromisión en bienes jurídicos ajenos, incluida la muerte de una persona¹²⁵. Esta acción necesaria tiene por objeto evitar el que se materialice ese peligro para los bienes taxativos que señala el Código Penal alemán, no obstante al igual que la exigente chilena, se debe optar por el medio menos lesivo para evitar el mal, debiendo siempre tenerse en consideración el principio de proporcionalidad.

En lo que a subsidiariedad se refiere, Jakobs señala que si un comportamiento lícito o menos lícito es capaz de conjurar el peligro, éste se considerará evitable de otro modo, por lo que debe preferirse en su utilización. Al respecto Roxin es del parecer que para que haya subsidiariedad, debe primero recurrirse al derecho para sortear el mal, siempre que ello sea eficaz para evitarlo, por lo que entendemos que si ello no ha dado resultado o no es posible, se abre la puerta a la utilización de otros medios.

¹²³ JAKOBS, G., op. cit., p. 691.

¹²⁴ ROXIN., op. cit., p. 712.

¹²⁵ JESCHECK, H., *El estado de necesidad exculpante*. op. cit., p. 519.

9.5. ESTADO DE NECESIDAD PROPIO Y AUXILIO NECESARIO

Al igual que el caso chileno y español, procede la exculpante cuando se ve amenazada la vida, el cuerpo o la libertad del autor por un peligro actual. No obstante distinto es el caso respecto de terceros, puesto en el derecho alemán, en el caso de la exculpante, es restrictivo, ya que no cualquier persona amenazada en su vida, cuerpo y libertad puede ser auxiliada por el autor, toda vez que debe presentar una relación de parentesco por consanguinidad y afinidad en línea recta o colateral¹²⁶ o ser allegada de aquel, entendiendo por este último un lazo importante que existe entre el hechor y la persona, como lo puede ser comunidades asimilables al matrimonio, relaciones amorosas, convivencia doméstica etc.¹²⁷, en sentido Roxin incluye al padrinazgo, cuando éste en su comportamiento se parece al cuidado de un pariente¹²⁸, En mismo orden de ideas, Mezger señala que el estado de necesidad no ampara la vida o el cuerpo de cualquiera¹²⁹.

En el caso de la justificante, el § 34 permite acciones salvadoras para el propio autor como terceros, no estableciendo limitaciones en este sentido, ya sea en orden a un parentesco o cercanos.

9.6. PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO

En relación a la ponderación de intereses en conflicto, nos remitiremos a lo ya dicho en relación al estado de necesidad justificante, por ser aplicables los mismos.

¹²⁶El Código Penal alemán señala quienes son parientes en el § 11. Concepto de personas y cosas (1) En sentido de esta ley es:

1. Pariente: Quien forma parte de las siguientes personas:

a) pariente y pariente por afinidad en línea directa, el cónyuge, el prometido, hermanos, cónyuges de los hermanos, hermanos del cónyuge, y en verdad incluso también cuando: en la relación ha mediado un nacimiento ilegítimo; cuando el matrimonio que ha constituido la relación ya no existe; o cuando se ha extinguido el parentesco o el parentesco por afinidad.

b) Padres tutelares y menores bajo curatela

¹²⁷JESCHECK, H., *El estado de necesidad exculpante*. op. cit., p. 519.

¹²⁸ROXIN., *El estado de necesidad del §35.*, op. cit., p. 909.

¹²⁹MEZGER, E., op. cit., p. 270.

9.7. OBLIGACIÓN DE AFRONTAR EL PELIGRO

El estado de necesidad exculpante tiene como límite todos aquellos casos en que el autor está obligado a soportar el peligro, ya sea porque el mismo ha creado el riesgo o porque presenta una relación jurídica especial. En el primer caso, la interpretación que debe realizarse respecto de la creación propia del riesgo no debe ser literal, toda vez que sólo se excluye el estado de necesidad cuando estamos frente a una vulneración objetiva y subjetiva del deber propio del autor, por lo que si esta puesta en peligro la ocasiona un pariente o persona ligada a él procede la exculpante. Por otro lado, el autor debe soportar el peligro cuando tiene un deber jurídico de hacerlo, el cual puede tener su fuente en un cargo, profesión u oficio, comunidad de vida o posición de garante, en el mismo sentido Mezger, quien adiciona el contrato especial como fuente de la obligación de soportar el peligro¹³⁰. No obstante lo anterior, al igual que la doctrina española, este deber no es absoluto, puesto que no es exigible para aquellos casos que el cumplimiento del mismo importaría la muerte inmediata del obligado.

9.8. ELEMENTO SUBJETIVO DEL ESTADO DE NECESIDAD

En cuanto al elemento subjetivo, éste al igual que el caso español está dado por la intención de querer salvar el bien amenazado y por el conocimiento de la situación de necesidad. Así Mezger señala que el elemento psicológico debe traducirse en el querer salvaguardarse del peligro que acecha, no siendo admisible acometimientos cuyo objetivo sólo sea el afectar al sacrificado¹³¹. No obstante Jakobs señala que no es necesario que exista intención de evitar el mal, sólo debe concurrir el conocimiento de la necesidad y del efecto de la salvación¹³². Por su lado Roxin indica que el presupuesto de la exculpación es que exista intención de salvar¹³³, a lo que Jescheck agrega que la acción ejecutada debe serlo con el fin de impedir el peligro¹³⁴.

¹³⁰Ibíd., p. 269.

¹³¹Ibíd., p. 270.

¹³²JAKOBS, G., *El estado de necesidad exculpante*. op. cit., p. 693.

¹³³ROXIN., op. cit., p. 910.

¹³⁴JESCHECK, H., op. cit., p. 520.

Capítulo II

Aplicabilidad Práctica de la exigente a los casos de Violencia Doméstica

1. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN NUESTRO PAÍS

Para abordar la violencia doméstica en Chile, es necesario realizar un análisis, si bien breve, por las limitaciones del presente trabajo, pero no por ello poco ilustrador acerca de cómo se viene y en qué consiste dicha violencia, para lo cual es preciso recurrir a la historia y los marcos conceptuales sobre la materia.

1.1. HISTORIA DE LA PROBLEMÁTICA DE LA VIOLENCIA

El fenómeno de la violencia doméstica en Chile, al igual que el resto del mundo, tuvo un tránsito que fue necesario recorrer para poder entenderla como lo es en la actualidad, en lo que se refiere a su reconocimiento como tal, qué se entiende por la misma, reconocimiento legal y la creación de herramientas jurídicas para prevenirla, erradicarla y sancionarla.

Durante años hechos que hoy constituyen y entendemos como atentatorios contra la dignidad de las personas, su integridad física o síquica y que mayoritariamente se dirigían contra mujeres y niños, eran aceptados socialmente y por lo tanto exentos de connotación negativa y como consecuencia de la falta de tratamiento de estos hechos como un problema, no se encontraban visibilizados en la sociedad como tal. Es así que surgen voces que alertaron sobre este flagelo, las que principalmente vinieron de la mano de agrupaciones extranjeras feministas, las que lograron poner en la agenda internacional el tema, imprimiéndole el sello de negativo que hasta entonces carecía. Así organismos internacionales comienzan a ocuparse del fenómeno, así se realiza en 1979 Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW¹³⁵); en 1993 se celebra la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos de Viena; el mismo año las Naciones Unidas emite la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer. En el plano regional, en 1994 se aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y

¹³⁵CEDAW es la sigla en inglés de la Convención, (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*).

erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belem do Pará; al año siguiente, en 1995, se realiza la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing.

1.2. CONCEPTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. GÉNESIS DE LOS MISMOS

Con motivo de lo anterior empieza a surgir en el plano internacional el reconocimiento a la situación de violencia, cristalizando en la elaboración de instrumentos internacionales que se ocuparán del tema, siendo pionero la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) que establece lo que se entenderá por discriminación de la mujer¹³⁶, lo que permitirá al Comité¹³⁷ que se crea bajo el amparo de la convención definir la violencia contra la mujer, y así en la resolución de la Asamblea General N°48/104 del 20 de Diciembre de 1993 se estatuye que la violencia contra la mujer es la que se ejerce contra ésta por pertenecer a dicho sexo, comprendiendo no sólo acciones de malos tratos sino que también amenazas de ellos, ya sea a su ámbito físico, psicológicos, sexual y libertad¹³⁸.

En el mismo orden de ideas, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belem do Pará, que fue suscrita y ratificada por Chile el 15 de noviembre de 1996, y publicada en el diario oficial el 11 de noviembre de 1998, en su artículo 1 viene a definir conceptualmente

¹³⁶Artículo 1: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

¹³⁷Artículo 17 de la Convención, señala: Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado Parte de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención.

¹³⁸Artículo 1: A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

que se entiende por violencia contra la mujer, todo maltrato físico o síquico, incluida la esfera de la sexualidad, que se cometa contra ella por acciones basadas en su género, ya sea en el ámbito público y privado, comprendiendo este último también el familiar¹³⁹. No obstante en el plano de la literatura, se elaboran marcos conceptuales con límites bien definidos para entender el problema, donde el género, dentro de la problemática de la violencia no sólo es un indicador para diferenciar al hombre de la mujer, sino que tiene un significado que va más allá, dotado de contenido. Así para Francisca Expósito la violencia de género es aquella que se ejerce contra la mujer por el sólo hecho de ser tal, cuyo basamento reside en la estructura de la sociedad patriarcal, donde es legítimo que se abuse del más débil, ocupando la violencia como mecanismo para mantener este desequilibrio donde la mujer ocupa la posición más feble¹⁴⁰. Establecido este estadio, es necesario señalar que violencia de género, violencia doméstica y violencia contra la mujer, si bien es cierto tienen una base conceptual que comparten, esto es, agresiones a su integridad síquica, física, no obstante presentan notas características que permiten establecer diferencias entre dichos conceptos.

Así la violencia de género, tal como ya se adelantó, es aquella que se ejerce contra la mujer por su condición de tal, donde ésta ocupa dentro de la estructura social, la cual abarca todos los ámbitos de la vida, una posición de debilidad, que se materializa por la dominación del hombre sobre aquella. El tema del género para algunos puede inducir a interpretaciones equívocas en cuanto a qué significa, y como

¹³⁹ Artículo 1 Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2 Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

¹⁴⁰ EXPÓSITO, Francisca. Violencia de Género. La asimetría social en las relaciones entre mujeres y hombres favorece la violencia de género. En: Revista Mente y Cerebro. N° 48, año 2011. Disponible en

<<http://www.uv.mx/cendhiu/educacion/documents/ArticuloViolenciadegenero.pdf>>.

[consultado el 20 de julio de 2013].

la idea rectora es poner en el tapete la problemática de violencia contra la mujer, algunos prefieren hablar de violencia sexista o machista, conceptos que por su solo nombre son para el ciudadano más ilustrados acerca de lo que se quiere destacar.

A su vez, por violencia doméstica o también llamada violencia intrafamiliar - término legal que se utiliza en nuestro país en la ley 20.066 y legislación afín al tema – nos referimos a aquella que se produce dentro del hogar y cuyo destinatario puede ser cualquier persona integrante del mismo, no sólo la mujer, pudiendo también recaer en el hombre cuando es él el sujeto pasivo de los malos tratos.

Por lo tanto de lo expuesto, es posible colegir que la diferencia entre violencia de género y violencia doméstica radica en el hecho que la primera es ejercida sólo por el hombre contra la mujer, en virtud de una relación de poder que se ejecuta en cualquier ámbito; en cambio la violencia intrafamiliar sólo puede darse dentro del hogar y no necesariamente contra la mujer. Así las cosas toda violencia de género que se presenta dentro de la familia es violencia doméstica, pero no toda violencia intrafamiliar será de género, siendo aquellos casos en que el ofendido no es la mujer.

Ahora bien, es necesario destacar que la violencia de género lo será cuando el maltrato que recae en la mujer tiene como basamento su condición de tal, es decir por presentar dicha posición, quedando excluido de tal nomenclatura las agresiones que tienen un fundamento diverso, como lo es por ejemplo lesiones que se causen con ocasión de un robo con violencia, donde el móvil es la sustracción de especie o cosa ajena con ánimo de lucro, sin tener en consideración la condición de mujer de la víctima, donde la sexualidad es indiferente.

Teniendo claro los conceptos de violencia de género y violencia doméstica, podemos señalar que nuestra legislación decidió consagrar legalmente este último concepto, entendiéndola como cualquier maltrato a la vida, integridad física o síquica de la persona con la cual el ofensor tenga o haya tenido una relación de convivencia, o presente algún parentesco por consanguinidad o afinidad. En este sentido, la ley N°20.066 que establece la Violencia Intrafamiliar, publicada el 07 de octubre de 2005,

viene en otorgar un marco legal al respecto, definiéndola en su el artículo 5¹⁴¹, y fue más allá, puesto que ha tipificado como delito el ejercicio habitual de violencia física o síquica ejercida respecto de las personas que indica el artículo 5 de la referida ley¹⁴², es decir dicho delito también abarca situaciones reiteradas de vulneración síquica, sin la existencia de lesiones.

La ley 20.066 no sólo establece el delito de maltrato habitual en su artículo 14, sino que también permite dar contenido y alcance a otras normas, como lo son las establecidas en el artículo 395 y siguientes del Código Penal, con ocasión del establecimiento de los delitos de lesiones cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, caso en los cuales, cuando el sujeto pasivo es algún miembro de los indicados en su artículo 5 (ley 20.066), la pena se aumenta en un grado, así una lesión leve que es una falta, que es castigada con multa en el Código Penal, si se infiere a un familiar o ex pareja se sanciona como lesión menos grave, siendo elevada a la categoría de delito.

Lo anterior tiene su fundamento en el hecho que es necesario castigar de manera más severa cuando dichos atentados se realizan contra una persona que es familiar con el cual se tiene o se tuvo una relación de convivencia, toda vez que el fenómeno de la violencia, tal como se explicó obedece a una reacción ante situaciones

¹⁴¹Ley 20.066, Artículo 5º.- Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

¹⁴²Artículo 14.- Delito de maltrato habitual. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5º de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.

El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968.

de término de la relación o bien cuando no hay ruptura sentimental, es necesario erradicar los malos tratos que se originan dentro del hogar, ya que de ellos además se generan otros problemas, específicamente los que derivan del daño de sufrir violencia intrafamiliar o presenciarla, como en el caso de los hijos espectadores, siendo necesario desplegar tratamientos reparatorios a la psiquis de éstos incluida la propia víctima de violencia intrafamiliar, procesos que para que sean eficaces no pueden ser inferior a seis meses.

No obstante lo señalado en los párrafos anteriores respecto de violencia de género y violencia doméstica, a juicio de María Elena Santibáñez y Tatiana Vargas Pinto, la ley 20.480 tiene como objetivo principal el reconocer la violencia contra la mujer por el hecho de ser tal, es decir violencia de género, pero que se da dentro del seno familiar¹⁴³, siendo ejemplo de ello la creación del delito de femicidio como figura independiente del delito de parricidio.

Tendiendo claro qué se entiende por violencia doméstica o intrafamiliar, abordaremos en el siguiente párrafo la interrogante que abajo se plantea.

2. POSIBILIDAD DE APLICAR LA EXIMENTE A LOS HOMICIDIOS COMETIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Dentro de los problemas y objetivos se presenta el siguiente ¿Es posible aplicar la eximente de responsabilidad penal establecida en el artículo 10 N° 11 del Código Penal, a los casos de homicidio cometidos en contexto de violencia doméstica?

Que del análisis y estudio de la norma del artículo 10 N° 11 del Código Penal realizado en el capítulo I de este trabajo, queda claro que conforme a la ubicación de la eximente, esto es, dentro de la parte general del Código Penal y no habiendo establecido el legislador excepciones en cuanto a su aplicación, es posible afirmar con certeza que el estado de necesidad exculpante que se ha venido a consagrar positivamente en el Código Penal puede aplicarse a cualquier delito, en el evento que se presenten los requisitos establecidos para su materialización, por lo que obviamente

¹⁴³SANTIBÁÑEZ, T., op. cit., p. 196.

es factible el invocarla en casos de homicidios cometidos en contexto de violencia doméstica o intrafamiliar. Esta afirmación categórica aún presenta la interrogante de si en estos casos, el instituto de la eximente tiene una especial consideración en cuanto a sus efectos respecto de personas víctimas de violencia doméstica que dan muerte a su cónyuge, conviviente o ex pareja como consecuencia del maltrato por él dado. Que para dilucidar aquello fue necesario remitirse a la discusión que se produjo en el congreso, siendo ilustradores los comentarios al respecto efectuados por los profesores Juan Domingo Acosta y Enrique Cury, dentro del debate. Así la interrogante que surge a partir de la incorporación de esta eximente al Código Penal por la ley 20.480, que crea el delito de femicidio y modifica el delito de parricidio y la Ley de Violencia Intrafamiliar, se deberá responder de manera negativa, ello es así, toda vez que si bien se dijo en la sala que era necesario otorgar una protección especial a las víctimas de violencia doméstica que cometen delito, ello no devino en la creación de una institución jurídica con efectos de atenuación de pena o liberación de la misma de manera explícita sólo para dichos casos. Por el contrario esta inquietud parlamentaria cristalizó en la creación de una norma cuya aplicación puede ser para cualquier delito, por lo que esta circunstancia permite concluir que no existe un tratamiento jurídico penal más benigno para las personas víctimas de violencia intrafamiliar que cometen un delito, sino que dicha situación sólo sirvió como el punto de partida de un debate que terminó en el acto de legislar para cualquier caso, por lo que se perdió o se echa de menos el objetivo que guió la discusión, cual es la protección especial que no existía y que motivó la necesidad de legislar al respecto.

En suma, este alumno estima que dogmáticamente la eximente puede ser aplicable a cualquier delito y no exclusivamente a los casos de homicidios cometidos en contexto de violencia doméstica, no obstante, la aplicación práctica en estos últimos casos puede verse limitada por las dificultades esgrimidas en el contenido de este trabajo y que analizaremos.

3. APLICABILIDAD DE LA CIRCUNSTANCIA N° 2 DEL NÚMERO 11 DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL

Dentro de este apartado surge la siguiente interrogante ¿El hecho de no efectuar denuncia por violencia intrafamiliar o el no solicitar medidas de protección por parte de la víctima de violencia reiterada, debe entenderse como una falta de un medio idóneo practicable y menos perjudicial, impidiendo la aplicación de la eximente, en virtud de lo requerido por la circunstancia 2ª del N° 11 del artículo 10 del Código Penal?

Del análisis dogmático y legal en lo que se refiere a esta circunstancia segunda de la eximente del estado de necesidad disculpante, para encontrar la respuesta debemos tener presente la subsidiariedad y la necesidad de la conducta desplegada por el autor.

En el caso real y concreto ¿es posible atribuir a la impetración de medidas cautelares o de protección y a las denuncias previas el carácter de subsidiariedad?, es decir si constituyen dichos instrumentos jurídicos un medio viable y menos lesivo que tengan la aptitud para detener y evitar en definitiva el mal que se cierne sobre la víctima de violencia intrafamiliar. En la misma interrogante, de haberse decretado medidas cautelares, como lo son prohibición de acercarse a la víctima y obligación de abandonar el victimario el hogar que comparte con aquella, con ocasión de haber efectuado denuncia previa, ¿es suficiente como para evitar un mal grave? Ciertamente no, la forma como suceden las cosas y la misma realidad han demostrado lo contrario, puesto que lamentablemente el hecho que se dicten las medidas cautelares que la ley establece en el artículo 9 de la ley 20.066 no ha podido evitar que se comenten nuevos delitos, los que en los casos más graves, y desafortunadamente recurrentes, han sido el femicidio. Por lo tanto, la denuncia previa y las medidas cautelares a la luz de lo analizado no permiten estimarse, a juicio de este alumno, como acciones subsidiarias conforme se exige doctrinariamente para la concurrencia de la circunstancia segunda de la eximente. Ello es así ya que no se verifica la característica de necesidad, es decir no tienen la aptitud y eficacia para sortear el mal grave que se aproxima.

Ahora bien, apartándonos del carácter subsidiario y necesario, la denuncia previa y todo lo que de ello derive, ejemplo otorgamiento de medidas cautelares, muchas veces no se verifica puesto que es la propia víctima la que no está en condiciones de problematizar su situación, ya sea porque tiene la esperanza que las cosas van a cambiar o bien porque se encuentra inmersa en el ciclo de la luna de miel¹⁴⁴ inherente dentro de la violencia intrafamiliar o bien porque está amenazada, en fin varios pueden ser los motivos, pero lo cierto es que no existen razones de texto o dogmáticas que exijan denuncia previa al respecto. Concluir lo anterior significaría establecer y estandarizar un procedimiento casi elevándolo a la categoría de condición objetiva de procesabilidad.

Apartándonos de la denuncia previa y de las medidas cautelares, la circunstancia segunda de la eximente exige que el autor no tenga disponible otra vía para detener el mal que se viene, por lo que se hace necesario que realice dicha reflexión en el caso concreto, de ahí que no es posible establecer mecanismos determinados con nombre y apellido, ya que será al momento que se le avecina el mal, cuando deberá razonar si tiene otro medio para repelerlo, y en caso de ser efectivo, si es posible su utilización en dicho tiempo y que sea apto; puesto que de no ser así, se verificaría la tantas veces mencionada circunstancia segunda. En suma el análisis debe efectuarse caso a caso, con las particularidades del mismo.

4. EXCURSO: LA EFICACIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS EN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

El artículo 9¹⁴⁵ de la ley 20.066 establece las medidas accesorias que pueden aplicarse por el juez dentro de un proceso penal motivado por un delito cometido en

144Luna de miel dentro del ciclo de la violencia de género es la etapa en la cual el agresor muestra arrepentimiento y efectúa recompensas al ofendido, prometiendo que no volverá a ejecutar actos de violencia en el futuro. *Orientaciones técnicas para la intervención psicosocial con mujeres víctimas de violencia intrafamiliar por parte de su pareja.* <http://www.sernam.cl/descargas/002/doc/Orientaciones_Tecnicas_intervencion_psicosocial_mujeres_2012.pdf> [Consultado el día 15 julio de 2013.]

145Ley 20.066 Artículo 9º.- Medidas accesorias. Además de lo dispuesto en el artículo precedente, el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias:

a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.

contexto de violencia intrafamiliar, medidas que pueden decretarse conforme al artículo 16¹⁴⁶ de la misma ley, ya sea de manera preventiva o bien como sanción accesoria una vez que se ha dictado sentencia condenatoria, la cual se adiciona a la pena principal que lleva aparejado el delito en cuestión. No obstante lo anterior, y cualquiera que sea la oportunidad de la aplicación de dichas cautelares, surge la inquietud acerca de cuál es la real eficacia que tienen éstas, máxime si se tiene en consideración que en varios atentados a la integridad física o a la vida de la mujer víctima de violencia doméstica, muchas de ellas se encontraban gozando de medidas de protección de prohibición de acercarse a la víctima del artículo 9 letra b) de la ley de violencia intrafamiliar. En este orden de ideas, es necesario reconocer que lamentablemente las medidas cautelares, en especial la prohibición de acercarse a la víctima, su cumplimiento está supeditado a la voluntad del imputado o sentenciado a cumplirlas, en orden a mantenerse alejado de

b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.

c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.

d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.

e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.

El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes.

¹⁴⁶Ley 20.066. Artículo 16.- Medidas accesorias. Las medidas accesorias que establece el artículo 9º serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate.

El tribunal fijará prudencialmente el plazo de esas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Dichas medidas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d) del artículo 9º, la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.

la víctima, ello bajo el apercibimiento que de no ser así, cometería otro delito, en este caso desacato¹⁴⁷.

Lo anterior nos lleva a concluir que en los casos en que no existe la voluntad de ser cumplidas, nos encontramos ante medidas de protección que son tales sólo porque están establecidas en el papel, pero que no alcanzan el objetivo para el cual se han creado y decretado, por encontrarse desprovistas de los medios que la conviertan o permitan tenerlas por eficaces.

Ahora bien, la eficacia que se reprocha y extraña podría materializarse mediante el sistema de monitoreo telemático, es decir la supervisión y control del agresor a través de medios tecnológicos, como lo sería el instalarle un brazalete electrónico, lo que permitiría detectar situaciones de vulneración de la medida de prohibición de acercarse a la víctima, y por ende desplegar mecanismos de reacciones a ello, lo que podemos estimar en principio como una protección real y efectiva, que permite considerar a la medida cautelar como una herramienta apta en materia de protección.

Siguiendo el análisis anterior, la ley 18.216 de cumplimiento alternativo de las penas, modificada por la ley 20.603, ahora viene en establecer legalmente dicho monitoreo telemático en su artículo 23 bis, pero limitado para aquellas condenas donde se ha concedido el beneficio de la reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva, y esta última cuando estemos frente a delitos que se comentan en contexto de violencia intrafamiliar siendo éstos sólo los de amenazas, parricidio, femicidio, castración, mutilación, lesiones graves y lesiones menos graves.¹⁴⁸

¹⁴⁷Ley 20.066 Artículo 10.- Sanciones. En caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9º, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días.

La policía deberá detener a quien sea sorprendido en quebrantamiento flagrante de las medidas mencionadas en el inciso precedente.

¹⁴⁸La ley 18.216 modificada por la ley 20.603, establece en su artículo 23 bis que el control mediante el monitoreo telemático procede respecto de la libertad vigilada intensiva respecto de los delitos establecidos en el artículo 15 bis letra b) de la misma ley, siendo estos los de los artículos 296, 297, 390, 391, 395, 396, 397, 398 o 399 del Código Penal, cometidos en el

No obstante, el haberse consagrado legalmente la alternativa de la utilización de medios electrónicos de supervisión, ello no será para todos los casos, puesto que sólo podrá aplicarse respecto de ilícitos sobre los que recaigan sentencia firme y ejecutoriada, quedando excluidas para medidas cautelares en su dimensión de protección durante el curso del proceso. Además sólo pueden decretarse respecto de sentencias definitivas que concedan el beneficio de la reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva, lo cual criticamos, puesto que dicha restricción a dichas formas de cumplimiento de condena va íntimamente ligada al quantum de la pena impuesta, que para los casos de reclusión parcial no puede exceder de tres años y, por su lado, respecto de la libertad vigilada intensiva la pena debe imponerse entre los quinientos cuarenta días a cinco años, por lo tanto la concesión del beneficio que trae aparejado el monitoreo telemático estará determinado por la medida de la pena concreta a aplicar, la cual conforme a las reglas de determinación de penas del Código Penal, pasan por el grado de desarrollo del delito, la participación y la concurrencia o no de modificatorias de responsabilidad, atenuantes y agravantes, es decir mediante criterios que nada tienen que ver con la protección de la víctima. Pero puede que suceda que una vez aplicadas las reglas anteriores, y siendo procedente la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva, es preciso además de todo lo anterior, que exista factibilidad técnica para la implementación del monitoreo telemático, situación que deberá informar Gendarmería de Chile, pero ante un informe negativo, nuevamente se hace del todo imposible su utilización.

En un caso ideal, y en el que se presenten todas las condiciones que la ley prevé para su establecimiento, la aplicación del seguimiento electrónico necesitará de un protocolo de acción y reacción a tiempo por parte de Gendarmería, para alertar a las policías de situaciones en que el condenado ha ingresado al área de exclusión¹⁴⁹

contexto de violencia intrafamiliar, y aquellos contemplados en los artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 411 ter del mismo Código, y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de cinco años.

¹⁴⁹Decreto 515 que aprueba reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Artículo 3º.- Definiciones. Para

que le está vedada, puesto que al no existir dicho plan, se pierde el objetivo de la herramienta tecnológica.

Creemos que al tener por misión las medidas cautelares el proteger a la víctima, los sistemas de seguimiento electrónicos a los sujetos agresores no deberían estar limitados a determinados beneficios sustitutivos de penas, puesto que la aplicación de la misma depende de varios factores, lo que puede llevar incluso al establecimiento de una sanción que por su medida quede fuera de una reclusión parcial o de la libertad vigilada intensiva, piénsese por ejemplo el caso de los primerizos beneficiados con la remisión condicional de la pena. Que sumado a lo anterior, la falta de recursos técnicos coadyuvan a la imposibilidad en su establecimiento, siendo de suyo necesario superar dichas limitaciones, máxime si tomamos en consideración el avance tecnológico que tenemos hoy en día, por lo cual no debieren existir obstáculos en este sentido, lo mismo se pregona respecto de los medios económicos, toda vez que de no superarse ellos, se debilita la medida de protección, tornándola ineficaz en aquellos casos en que no exista voluntad por parte del condenado en orden a su acatamiento.

5. APLICABILIDAD DE LA CIRCUNSTANCIA N° 3 DEL NÚMERO 11 DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL

El presente párrafo pretende contestar el siguiente problema ¿Es posible aplicar en la práctica la circunstancia 3ª del N°11 del artículo 10 del Código Penal, a los casos de homicidio ejecutados en contexto de violencia doméstica, cuando el mal causado es sustancialmente superior al que se evita, mediante la muerte del agresor?

En principio podríamos señalar que no, puesto que de la interpretación de la norma, circunstancia tercera, todo hecho que tenga por resultado la muerte de una

efectos de este Reglamento y, sin perjuicio de otras definiciones contenidas en el mismo, se entenderá por:

1. Área de exclusión: El espacio geográfico al cual el condenado tiene prohibido acceder, por resolución judicial.
2. Área de inclusión: El espacio geográfico en el cual el condenado está obligado a permanecer durante cierta cantidad de horas, por resolución judicial.
3. Dispositivo o mecanismo de Monitoreo Telemático: Aparato(s) que, en conjunto con el sistema de monitoreo, permite localizar a una persona determinada.

persona, en el caso del presente trabajo victimario de violencia intrafamiliar, siempre será un mal sustancialmente superior al que se trató de evitar, por ser la vida un bien jurídico de mayor relevancia.

No obstante la anterior, dicha respuesta se obtiene de una interpretación que se realiza sólo del tenor de la norma, siendo necesario llevar a cabo un ejercicio consistente en una comparación de males que se sirve del auxilio de factores que son elaborados y entregados por la doctrina, los cuales son indispensables para abordar la cuestión, toda vez que el precepto sólo se limitó a establecer un límite respecto del mal que se comete en reacción al que se avecina o se desea evitar.

Para realizar el ejercicio de comparar los males, es necesario tener presente que éste debe efectuarse para cada caso en concreto ex ante, por lo tanto deben abandonarse pautas o esquemas por ser propios de situaciones en abstracto. Establecido esto, entonces es forzoso concluir que para obtener respuesta a la interrogante deberemos abordar un caso hipotético que para este trabajo lo tendremos como concreto, y que presenta las características que se enuncian de la interrogante.

Así, supongamos el caso de una mujer (M) - que es víctima constante de violencia física doméstica- quien en la madrugada ha sido agredida por su marido (H) con golpes de pie y puño dirigidos a su abdomen, espalda y muslos, que le causan lesiones menos graves. Luego M, durante la tarde de ese mismo día, y producto de la golpiza sufrida, toma un cuchillo y apuñala a H en la zona torácica, ocasionándole una herida de carácter mortal, la que en horas posteriores le causa la muerte.

Aquí para poder llevar a cabo el ejercicio de la comparación de males es necesario primero que se acredite cuál era el mal grave que se pretendía causar sobre M por H. Por el lado de este último, está claro que el mal sufrido es la muerte, por lo tanto afectación de su bien jurídico vida. Para poder continuar con el ejercicio, estableceremos que H sólo tenía dolo de lesionar, es decir se trata de agresiones físicas efectivamente causadas, que se traducen en golpes que causan lesiones menos graves, por lo tanto el mal que experimenta M es el soportar actos de violencia intrafamiliar que atentan contra la integridad física de ésta. Ahora bien aplicando los criterios auxiliadores dados por la doctrina, en primer lugar el de la jerarquía de los

bienes jurídicos, podemos establecer sin lugar a dudas que dentro del lugar de importancia, la vida está por sobre el de la integridad física, que en este caso sólo se limitó a causar lesiones menos graves. Respecto del segundo criterio, intensidad de la afectación, en el ejercicio teórico que hacemos, la muerte del agresor H corresponde a un daño permanente e irreversible, por lo tanto irreparable; en el caso de las lesiones menos graves sufridas por M, se trata de un daño transitorio que permite que el bien jurídico afectado con el paso de los días vuelva a su estado anterior. En cuanto al tercer criterio, proximidad del daño que se quiere evitar, éste, visto de la posición de M es sin lugar a dudas actual, por ser real y cierto, toda vez que sufrió maltratos físicos. De lo anterior, tenemos como resultado que de la comparación de males, resultó más grave la muerte de H, y comparando ambos males, es evidente que ello resultó desproporcionado, por lo que teniendo en consideración el límite establecido por el legislador que no fuere sustancialmente superior, ello fue ampliamente sobrepasado. Por lo que, en lo que se refiere a este caso, que insistimos para los efectos de este trabajo lo tendremos como un caso concreto, la eximente del estado de necesidad exculpante no operará en orden a eximir de la responsabilidad penal que acarrea el hecho para M. Ahora, bien yendo un poco más allá, si en el caso que se analiza, las lesiones no alcanzaron a inferirse a M, atendido que la reacción de ésta fue más rápida, ya que logró huir, no obstante más tarde regresa, dando muerte a H mediante la puñalada ya referida, y teniendo por cierto para el presente ejercicio sólo ánimo de lesionar por parte de H, la respuesta sigue siendo la misma, esto es, la inoperancia de la eximente.

Pero qué sucede si en el caso cambiamos las lesiones menos graves y la sustituimos por la eventual muerte de M a manos de H, es decir que el dolo ya no es de lesionar sino de matar por parte de H. La respuesta no es fácil. Realizando la comparación de males, éstos son idénticos, puesto que ambos son el ocasionar la muerte. Si aplicamos los criterios doctrinales, se obtiene lo siguiente, en el caso de la jerarquía de los bienes jurídicos, estamos frente a un caso de vida versus vida, por lo tanto el podio o lugar que presentan es el mismo. En cuanto al segundo criterio, intensidad de la afectación, respecto de H el daño es permanente e irreversible, en el caso de M también lo habría sido de no haber reaccionado ésta. Y por último, en

relación al criterio de proximidad del daño que se quiere evitar por parte de M, podemos señalar que era actual, por presentar la característica de ser real y cierto y que de no haber reaccionado hubiese ocasionado su muerte. Establecido lo anterior, resulta que la comparación de males eran los mismos, no superándose la limitación de ser sustancialmente superior, puesto que no se avizora una desproporción entre el mal causado y el evitado por existir coincidencia entre éstos, unido al hecho que evidentemente no existe obligación de sacrificio por parte de M de tener que tolerar su propia muerte. Así las cosas, podemos responder de manera afirmativa la interrogante, en orden a poder admitir la concurrencia de la eximente de estado de necesidad exculpante del artículo 10 N°11 del Código Penal a los casos de homicidio que se comenten motivados por violencia intrafamiliar.

Siguiendo con el análisis en el mismo orden de ideas, en el caso ficticio utilizado para el ejercicio de comparación de males, en sus dos descripciones, determinó resultados antagónicos entre sí, por lo que podemos reflexionar que la aplicación de la eximente en estudio no es aplicable por regla general a los homicidios que se comenten motivados por violencia doméstica, cuando ésta última tenga un contenido que no pone en riesgo la vida de la ofendida, sino sólo la menoscaba en términos tales que produzca maltratos psicológicos y/o físicos pero no de carácter graves, cerrando la puerta a la eximente de responsabilidad, por rebasar el resultado típico el cerco de la superioridad sustancial en relación al mal evitado que establece el precepto. Pero cosa distinta sucede con el caso analizado, donde los males resultaron idénticos, por lo que podremos decir que el estado de necesidad consagrado en la norma sólo tiene cabida para casos excepcionales, donde el escenario que se presente se encuentre en peligro la vida de la mujer, en términos tales que éste se verifique de no ser que se impida el curso causal de la acción homicida del hombre por parte de la misma mujer o un tercero, no existiendo otro medio apto para lograr zafarse de ese mal. El caso así planteado, podría a juicio de algunos operadores, ser apto para invocar la eximente de la legítima defensa por existir una agresión ilegítima por parte del ofensor, pero creemos que ello no es así, toda vez que existe la limitación como tantas veces se ha dicho, de que el mal efectivamente causado no sea sustancialmente superior en relación al que se evita, donde la víctima de violencia

doméstica actúa de esa forma, porque ha sido puesta en una situación donde no se le puede exigir otra conducta. Al respecto Jesús María Silva Sánchez¹⁵⁰ señala que lo que permite la extensión de males que se evitan dentro de un estado de necesidad en relación a la legítima defensa, es precisamente la limitación de no causar males superiores en relación al que se pretenden evitar, lo cual debe entenderse como una garantía. En el mismo sentido Bullemore señala que en el estado de necesidad la norma requiere subsidiariedad del medio empleado, en cambio en la legítima defensa no se exige ello¹⁵¹.

6. ¿LA EXIMENTE EN ESTUDIO FUE CONTEMPLADA EN LA LEY N° 20.480 COMO UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN PARA LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA?

Teniendo presente lo dicho y analizado en la interrogante anterior, es menester abordar el problema planteado en la investigación, en cuanto a si la eximente en estudio fue contemplada en la ley N°20.480 como una medida de protección para las víctimas de violencia doméstica.

La duda que motivó la interrogante, surgió por el hecho que de la lectura de la eximente del artículo 10 del Código Penal, permite al intérprete de la misma determinar que su alcance es de aplicación general, es decir para todos los delitos y puede indistintamente ser invocada por cualquier persona, ya sea hombre o mujer, sin importar su especial situación, de ser víctimas o no de violencia intrafamiliar. No obstante lo anterior, por otra parte, no podía ser causalidad que la ley 20.480, además de introducir modificaciones al Código Penal, mediante la creación de una nueva eximente dentro del artículo 10, modificara también los siguientes artículos, el 361 respecto del delito de violación, el artículo 368 bis relativo a las disposiciones comunes, artículo 390 que establece el parricidio, ampliando el sujeto pasivo a quienes son o han sido cónyuge o conviviente de la víctima de dicho ilícito y tipificando además al femicidio como delito, cuando la mujer es la víctima de homicidio, que ha sido cometido por el hombre que fue o ha sido su cónyuge o conviviente. Además del Código Penal, se modificó también la ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, así en su artículo 7,

¹⁵⁰SILVA, S., op. cit., p. 635 ss.

¹⁵¹BULLEMORE, V., op. cit., p. 91 ss.

se han ampliado las hipótesis de riesgo inminente, adicionando ahora cuando el denunciado opone de manera violenta su negativa a aceptar el término de la relación afectiva que mantuvo recientemente con la víctima; el artículo 9 fue modificado agregando otra medida cautelar, consistente en la presentación periódica ante la policía por parte del ofensor y ampliando el plazo de duración de éstas de un año a dos años; el artículo 14 bis ahora establece que para apreciar la irreprochable conducta anterior debe revisarse el registro de condenas por actos de violencia intrafamiliar; por último la modificación también alcanzó al artículo 90 de la ley 19.968 que crea los Juzgados de Familia, en el sentido que permite a los jueces de familia adoptar las medidas cautelares antes de remitir causas al ministerio público, cautelares que se mantendrán vigentes, a menos que se solicite por la fiscalía su modificación o cese.

En suma, lo anterior lleva a pensar críticamente que, las modificaciones y creaciones de normas, consideradas en su conjunto, constituyen una batería de preceptos y herramientas jurídicas tendientes a proteger a la víctima de violencia doméstica, no pudiendo aislarse el artículo 10 N°11 del Código Penal de dicho razonamiento, puesto que de hacerlo nos llevaría forzosamente a concluir que se trataría de una norma que no tiene justificación alguna en cuanto a que se cree conjuntamente con otras que tienen por objeto reforzar la protección de las personas víctimas violencia y castigarla, el establecer una nueva eximente. De ahí que nace la justificación del presente problema; ¿es que acaso el legislador quiso establecer y otorgar un trato más favorable a la víctima de violencia intrafamiliar que mata a su ofensor mediante la concesión de una eximente de responsabilidad penal?. Plantearse esto no es ilógico, dado el contexto en que se crea la norma - la cual tiene por objeto exculpar a un hechor - conjuntamente con otras que tienen por objetivo precisamente lo contrario, esto es, reforzar la protección y castigo de actos que atentan contra personas que son o han sido familia o existió una relación sentimental. Por lo tanto debe existir un sentido en todo esto.

La respuesta a ello necesariamente debemos buscarla en la discusión que se produjo con ocasión de la tramitación de la ley 20.480. En este sentido, tal como se dijo anteriormente, el legislador tenía en consideración el abordar la problemática que se presentaba para las víctimas de violencia intrafamiliar que con ocasión de la violencia

de que son destinatarias cometen delito de homicidio respecto de su ofensor, lo que se transformó en la razón para discutir y querer en principio modificar el artículo 10 del Código Penal, que contempla las eximentes de responsabilidad penal, específicamente en lo que respecta a su numeral 9, lo cual en definitiva no prosperó. Pero lo importante es tener claro que es efectivo que existió por parte del poder legislativo una preocupación respecto del tema, pudiendo entender que las medidas de protección – expresión que no debemos leerla sólo como medida cautelar en estricto – que se le brindarían a estas personas estarían dadas por el otorgamiento de un enjuiciamiento benigno o eximirle de la sanción, es así que la solución fue el crear una nueva eximente de responsabilidad penal en el número 11, que viene a contemplar por vez primera dentro de la legislación penal el estado de necesidad exculpante referido a bienes personalísimos.

Por lo tanto, es efectivo que la creación de la eximente en estudio tiene su origen en la ley 20.480 como una medida de protección para las víctimas de violencia intrafamiliar, la que debe entenderse como la posibilidad de poder obtener por parte del derecho penal una exculpación en relación al ilícito por ella cometido, cuando éste es una reacción al maltrato que sufre por parte del agresor. Lo anterior siempre y cuando se verifiquen la totalidad de los presupuestos establecidos para su concurrencia, o bien alguno de ellos para el caso de invocarse como eximente incompleta.

7. RELACIÓN DE LA EXIMIENTE DEL N° 11 CON LA DEL N°9, AMBAS DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO PENAL, EN LO QUE RESPECTA A LA “FUERZA IRRESISTIBLE” Y AL “MIEDO INSUPERABLE” EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Este apartado, establecido como problema en la investigación, surge a raíz de la reflexión de si los actos constitutivos de mal grave que establece la norma como presupuesto esencial de la eximente, deben ser actos de violencia física o violencia psicológica.

Siguiendo las líneas dichas respecto del artículo 10 N°11 del Código Penal, éste no ha dado pautas categóricas al respecto, ya sea en orden a excluir o no un determinado tipo de violencia, por lo que es necesario recurrir nuevamente a la doctrina para dilucidar la cuestión.

Tal como se ha señalado en más de una oportunidad en el presente trabajo, la institución jurídica estado de necesidad exculpante, hasta antes de la dictación de la ley 20.480 sólo tenía existencia en el plano doctrinal, mas no legal, por lo que para proceder a su aplicación, la jurisprudencia y parte de la doctrina mediante un ejercicio interpretativo le daba acogida mediante la eximente contemplada en el artículo 10 N°9 del Código Penal, hecho que podemos afirmar, puesto que el Foro Penal encargado de la elaboración del nuevo código punitivo en nuestro país era del parecer de no consagrar legalmente el estado de necesidad, por estar ya comprendido en el numeral 9¹⁵², al respecto Mañalich indica que antes de la creación de la exculpante de estado de necesidad del número 11, la figura más cercana a ello era la eximente del número 9 del artículo 10, la cual debe entenderse como una causal de exculpación¹⁵³. Así para la jurisprudencia y parte de la doctrina se trataban los casos en los que se obraba violentado por una fuerza irresistible, término que era sólo comprensivo respecto de la fuerza moral, dejando de lado a la fuerza física, así para Mañalich la fuerza irresistible debe entenderse en el sentido de una vis compulsiva¹⁵⁴. No obstante, en contra, otra parte de la doctrina sustentada por Luis Cousiño, sostenía que en su concepto sólo se trata exclusivamente de fuerza física, excluyendo por ende la fuerza moral¹⁵⁵. Por último para un tercer sector de la doctrina, integrada por Vivian Bullemore¹⁵⁶, Enrique Cury¹⁵⁷ y Alfredo Etcheberry¹⁵⁸, son del parecer que el concepto fuerza irresistible abarca tanto la fuerza moral como la fuerza física. Ahora bien, en la actualidad, habiéndose creado legalmente el estado de necesidad, en opinión del profesor Cury, es deseable que se proceda a la derogación del numeral 9 del artículo 10, sólo en lo que dice relación con la fuerza irresistible, ya que la eximente del N°11 abraza los actos cometidos en supuestos de fuerza. En contra de lo anterior, Juan domingo Acosta¹⁵⁹, quien es del parecer que los actos cometidos bajo supuestos de fuerza

¹⁵²ACOSTA, J., op cit., p. 693, nota al pie de página número 12.

¹⁵³MAÑALICH, R., op. cit., p 741.

¹⁵⁴Ibíd., p 741.

¹⁵⁵COUSIÑO, MACIVER, LUIS. *Causales Legales expresas de inexigibilidad*. En: Derecho Penal Chileno, Parte General. Tomo III. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 1992. Tomo III, p. 243 y 244.

¹⁵⁶BULLEMORE, V., op.cit., p. 101 ss.

¹⁵⁷CURY, U. *La Exigibilidad de la conducta ajustada a derecho*. op.cit., p. 454 y ss.

¹⁵⁸ETCHEBERRY, A. *La No exigibilidad*. En: Derecho Penal Parte General, Tomo I., op. cit., p. 348 ss.

¹⁵⁹ACOSTA, S., op. cit., p. 697 ss.

moral irresistible también pueden ser tratados bajo la eximente del artículo 10 N°9, por lo que se hace necesario su mantención.

Pero qué sucede respecto del que obra impulsado por un miedo insuperable, al respecto Cury derechamente plantea su conservación, lo anterior se justifica ya que el estado de necesidad del número 11 no permite abarcar todas las hipótesis que puedan presentarse, por lo que se hace de suyo necesario mantener la eximente del artículo 10 N°9, sólo en lo que dice relación al miedo insuperable. Ello es así, puesto que tal como se dijo a lo largo de este trabajo, la eximente de estado de necesidad establece un límite insoslayable, cual es, que el mal que se causa no sea desproporcionado en relación al que se evita, por lo que si se traspasa ello, no tiene cabida la exculpación vía estado de necesidad, pero sí es perfectamente posible asilarse en la eximente del N°9 del artículo 10. Al respecto cabe preguntarse qué es lo que permite que una situación que puede tratarse en principio conforme al estado de necesidad, una vez descartada ésta pueda también serlo conforme a la eximente del miedo insuperable; la respuesta a ello la encontramos en que todo acto ejecutado como reacción al miedo que experimenta el autor tiene un componente síquico, siendo éste un aspecto que sirve como sustento para poder aplicar la eximente del artículo 10 N°9, que exige como elemento esencial que se actué bajo una perturbación emocional.

Siguiendo con el análisis de lo anterior, el profesor Mañalich señala que existe una superposición, si bien no absoluta, entre las eximentes del N°9 y N°11 del artículo 10, en sentido indica que para aquellos casos en que no se presente los requisitos objetivos de la existencia de un peligro actual o inminente o, concurriendo ello, el mal causado ha sido superior en relación al evitado de manera sustancial, o el sujeto actúa con la creencia errónea de que se avecina un peligro que no existe en la realidad – salvo que en este último caso se acepte la aplicación analógica de la eximente del N°11, cuyo fundamento de la exculpación está dado por la intención del autor de salvar el bien jurídico¹⁶⁰-, podrá utilizarse el recurso de la exculpación mediante la invocación de la fuerza síquica irresistible o el miedo insuperable, lo cual será de verdadera utilidad para los situaciones en que se produce un exceso en el ejercicio de la legítima

¹⁶⁰MAÑALICH, R., op. cit., p 742, nota al pie de página número 68.

defensa¹⁶¹; y por su lado, la eximente del número 11 podrá utilizarse sin necesidad de que en el caso concreto se presente una coacción síquica o que el sujeto experimente un temor.

Al respecto Acosta señala que la norma del N°11 se estructuró sobre la base de requisitos objetivos, los que deben concurrir para que sea procedente la eximente, no siendo necesario que el agente actúe bajo una conmoción anímica, puesto que de ser así procede la aplicación del N°9 fuerza irresistible o miedo insuperable, donde no es necesario la gravedad del mal ni la subsidiaridad de la conducta¹⁶².

Por lo tanto y contestando derechamente la interrogante que motiva este análisis, es posible concluir que el mal grave, presupuesto esencial, de la eximente de del artículo 10 N°11 puede estar construido ya sea por actos de violencia física como psicológica. Pero no obstante, cada vez que no se verifiquen los elementos objetivos para configurar la eximente de estado de necesidad exculpante y habiendo actuado el hechor como consecuencia del influjo de una fuerza moral o en un estado de perturbación psicológica gatillado por el miedo, es perfectamente posible analizar el hecho dentro de la eximente del N°9, esta vez liberado de la carga de acreditar los presupuestos legales de la nueva disculpante.

8. LA VIOLENCIA ECONÓMICA COMO MAL GRAVE EN LA EXIMIENTE ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

¿Es posible admitir a la violencia económica como presupuesto de un mal grave conforme al tenor del artículo 10 N°11 del Código Penal?

Primero es necesario establecer qué se entiende por violencia económica. Al respecto el SERNAM¹⁶³ indica que dicho concepto no se ha definido en la ley de violencia intrafamiliar, no obstante de ella se pueden obtener elementos que permitan inferir que comprende. Al efecto señala que se trata de un círculo entre quien provee y

¹⁶¹Ibíd. p 741 ss.

¹⁶²ACOSTA, S., op. cit., p. 698.

¹⁶³ORIENTACIONES TÉCNICAS 2012 MODELO DE INTERVENCIÓN CENTROS DE LA MUJER. <http://www.sernam.cl/descargas/002/doc/Orientaciones_Tecnicas_Centros_Mujer_2012.pdf> [Consultado el día 20 julio de 2013.] p. 12.

quien recibe, donde se priva a este último de elementos básicos para su subsistencia, controlándose el dinero. Sobre el tema la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Estándares Jurídicos vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación, al respecto lo define como “la modalidad de violencia en la cual las víctimas son privadas o tienen muy restringido el manejo del dinero, la administración de los bienes propios y/o gananciales”¹⁶⁴

Establecido el marco conceptual, y teniendo en consideración que el sustrato fáctico de las conductas pasan por el control del dinero con prescindencia total de injerencia o decisiones por parte de la víctima respecto del destino y manejo de aquel, al punto de encontrarse carenciados en los bienes más elementales para subsistir, no se vislumbra en principio, en el plano teórico, que dicha forma de violencia pueda constituirse en un mal de carácter grave conforme al estándar de la eximente en estudio. Que colocándonos en una posición extrema, como por ejemplo situación de hambre, creemos en principio que ello tampoco reviste un mal conforme al que se exige, al punto de llegar al hecho de privar de la vida al agresor que controla el dinero. No obstante si ello afectara la integridad física del privado por la falta de alimento, entonces estaríamos en una esfera de una violencia diversa de la económica, por presentar efectos distintos que no pasan por el control del dinero y la subsistencia austera llevada al extremo, sino que estamos frente a un escenario donde la víctima está presentando ya consecuencias en el orden físico con repercusiones a nivel de su salud, no obstante como se dijo ello ya no es exclusivamente violencia económica. Así es posible concluir en el plano teórico, que la violencia económica no alcanza a constituir un mal grave en términos de la eximente, a diferencia de lo que sucede con los actos de violencia física o psicológica.

¹⁶⁴COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. En: *Informe Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación*. De fecha 3 de noviembre de 2001, p. 28.

Capítulo III

Análisis crítico y jurisprudencial de las circunstancias constitutivas de la eximente de responsabilidad penal

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Al respecto es necesario señalar que se ha realizado una búsqueda exhaustiva en diversas plataformas de sentencias, tanto privadas como públicas, incluida la base documental del Poder Judicial, no obstante aún no es nutrida la jurisprudencia a nivel de Cortes acerca de la nueva eximente de estado de necesidad del artículo 10 N°11 del Código Penal. Si bien se encontraron fallos en los cuales se invocó la eximente referida, sólo uno abarca o calza completamente con la hipótesis del presente trabajo¹⁶⁵, siendo dicha sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto¹⁶⁶, que acogió el planteamiento de la defensa en orden a que concurría la eximente señalada, por lo tanto absolvió de los cargos formulados, no obstante dicho juicio fue anulado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, ordenando la realización de otro, señalando en su fallo de nulidad que se transgredieron los principios de valoración de prueba por no existir fundamentación suficiente para establecer el razonamiento de absolución. No obstante lo anterior, dicha sentencia a lo largo de sus considerandos ha razonado que no se verificaron los elementos de la eximente, descartándolos uno a uno. Luego en el segundo juicio oral, nuevamente el tribunal acogió la teoría de la defensa en orden a que concurre el estado de necesidad exculpante. Así las cosas, como consecuencia de haberse dictado dos sentencias absolutorias, no es procedente nuevamente deducir otro recurso de nulidad al respecto, por lo tanto la segunda sentencia definitiva quedó firme y ejecutoriada.

Si bien es cierto, lo deseable habría sido contar con una cantidad adecuada de fallos, la falta de abundancia de los mismos no lo hace posible, pero no por ello

¹⁶⁵También se encontró un segundo fallo, dictado por el Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, que rechazó la eximente en estudio, el cual analizaremos en el título III de este capítulo.

¹⁶⁶Causa RIT 166 – 2012, RUC 1101060685-5, TOP Puente Alto, Rol Ingreso Corte 133 – 2013 REF, Corte de Apelaciones de San Miguel. Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 16 octubre de 2013].

dejaremos pasar la oportunidad de analizar la sentencia dictada que trata la institución del presente trabajo, lo cual permite justificar la existencia del presente capítulo.

2. CASO I. ANÁLISIS DE LOS TRES FALLOS DICTADOS SOBRE EL MISMO HECHO

Los hechos son los siguientes: El día 17 de octubre de 2011, alrededor de las 08:00 horas al interior del domicilio de la acusada, ésta con una pistola disparó en contra de su conviviente, quien se encontraba durmiendo, provocándole a consecuencia del disparo una herida cráneo encefálica con salida de proyectil que le causa la muerte¹⁶⁷.

2.1. ANÁLISIS DEL PRIMER FALLO DICTADO POR EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUENTE ALTO

Al respecto el Ministerio Público acusó por el delito consumado de parricidio, por su lado, la defensa no cuestionó el hecho punible ni la participación de la hechora, siendo su teoría del caso que en el hecho concurre la eximente del artículo 10 N°11, ello fundado en que la acusada ha sido víctima de violencia intrafamiliar a lo largo de 18 años, consistentes en maltratos de carácter físico como psicológico que han dejado huellas en su cuerpo, esto es a través de más de sesenta y cuatro cicatrices que presenta. En lo que se refiere a los requisitos del estado de necesidad, indica que éstos se verifican en los siguientes hechos: en cuanto a la actualidad o inminencia del mal que quiere evitarse, éste lo constituye la violencia permanente que ha sufrido la mujer, que identifica como el delito de maltrato habitual, el cual tiene un carácter permanente; y en el evento que dicho mal no sea actual, sería entonces inminente, puesto que cuando su marido despertara, éste la golpearía, basando dicho pronóstico en que la imputada conoce cómo es la dinámica de la violencia unido a que el occiso había golpeado al hijo en común, todo lo cual provoca el punto de quiebre en los hechos; en cuanto al segundo requisito de la no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial, éste lo justifica desde dos dimensiones, una médica conforme a la cual la acusada tiene una disminución de facultades vitales ejecutivas; la otra dimensión es psicológica, que se traduce en que la mujer no ve otra salida a su problemática y

¹⁶⁷Se han omitido los nombres de la acusada y de la víctima, y sus domicilios.

tiene la creencia que los actos que realice para escapar de dicho círculo no darán resultado, dimensión que se conoce como desesperanza aprendida, siendo el fundamento de ésta, el que su marido tenía una pistola cargada bajo la cama, con la cual dormía; además poseía un arma blanca; tenía antecedentes penales, incluso orden detención para ingresar a cumplir una pena efectiva y; era estimado un lanza internacional, además ser un hombre golpeador, que le provocó a su mujer en definitiva sesenta y cuatro cicatrices en su cuerpo y; que tampoco era solución abandonarlo e irse a casa de acogida, puesto los padres de la acusada seguirían viviendo en el mismo barrio y serían amenazados. En relación al tercer requisito, que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita, indica que en el presente caso es vida por vida, por lo tanto se trata de bienes jurídico idénticos y por último en relación a la cuarta circunstancia, refiere que no existe obligación de sacrificio ni de tolerar agresiones tanto propias como de sus hijos. Finaliza indicando que no existiría culpa de su defendida por no existir un reproche penal.

Que durante el juicio se acreditó que la mujer fue víctima de violencia tanto física como psicológica por parte del occiso durante dieciocho años, que las golpizas eran casi todos los fines de semana, y como consecuencia de las agresiones, ella presenta evidencia médica que permite probar que se le fracturó la mandíbula, debiendo ser hospitalizada; que se le deformó el cartílago derecho del oído; que tiene sesenta y cuatro cicatrices en su cuerpo originadas por maltratos; que tiene fractura antigua de la primera falange de un dedo y fractura de peroné que se está consolidando; en la espalda tiene muchas lesiones atribuibles a correazos o latigazos; en el hombro presenta lesiones inferidas con elemento cortopunzate. Además se probó que la semana anterior al homicidio, la mujer fue casi todos los días golpeada; y el día antes del disparo, el hombre golpeó al hijo que tenían en común, provocándole una contusión en la frente y ojos hinchados; al día siguiente, esto es el día del homicidio, la acusada adolorida por la golpiza sufrida el fin de semana, es decir 48 horas antes, observó su cuerpo moreteado y, recordando los golpes que le dio su pareja al hijo en común, pensó que aquel cuando despertara la podría matar ya sea a ella como al niño, por lo que le disparó al hombre mientras dormía.

Teniendo en consideración lo anterior, el tribunal dio por acreditado los requisitos de la eximente de estado de necesidad, conforme al siguiente razonamiento: En cuanto al mal grave, como base de la eximente, lo entiende como la coerción antijurídica, siendo ésta la violencia habitual de maltratos reiterados que enfrentó la acusada y que por influjo afectó a sus hijos.

En relación a la primera circunstancia, actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar, el fallo razona sobre la concurrencia de ser el mal actual y también inminente. En cuanto a este último, lo identifica por las constantes amenazas a la mujer, las que después se concretaban, lo que se traduce en la verificación de las hipótesis de riesgo inminente del artículo 7 de la ley 20.066 ¹⁶⁸unido a los antecedentes penales que tenía el occiso. En cuanto a la actualidad del mal, el tribunal la da por probada, por estimar que también se presenta una situación de peligro permanente, ello por la extensa historia de maltratos, tomando como base las agresiones que a diario sufrió la mujer. En suma, razona que era esperable y probable una reacción lesiva.

En cuanto a la segunda circunstancia, inexistencia de otro medio practicable y menos perjudicial, el fallo la reconoce, no sin antes descartar que no era viable

¹⁶⁸Artículo 7° Ley 20.066. Situación de riesgo. Cuando exista una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya llevado a cabo, el tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan.

Se presumirá que existe una situación de riesgo inminente como la descrita en el inciso anterior cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N°17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta. Asimismo, se presumirá que hay una situación de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima.

Además, el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable. Se considerará especialmente como situación de riesgo inminente el hecho de que un adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él, relegado a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz, por algunos de los parientes señalados en el artículo 5°.

efectuar denuncias, dado que la práctica ha demostrado no ser efectivas unido al hecho que el temor inhibía a la acusada de hacerlo; tampoco lo era el denunciar al agresor para que ingresara a cumplir la pena efectiva que tenía pendiente, ya que éste saldría algún día, aunado a que éste la golpeó en una ocasión cuando estaba en la cárcel durante la visita; estimándose por parte del tribunal que la privación de libertad del agresor no impide la comisión de nuevos delitos por parte de éste; tampoco era viable buscar ayuda en la familia, dada la inexistencia de apoyo real y comprometido para ella, además que el occiso amenazaba con agredir al padre de la acusada. Sentado lo anterior, el fallo en cuanto al medio empleado, indica que existen razones para entender que se actuó por la acusada esperando la indefensión de la víctima del homicidio, dada la superioridad física de éste en relación a la mujer, que tenía contextura delgada y baja, 1,57 metros, en comparación a los 1,79 metros del varón y sus 80 kilos de peso, sumado al perfil agresivo de este último.

Respecto de la tercera circunstancia, que el mal que se cause no lo sea sustancialmente superior en relación al que se evita, la sentencia la hace concurrir sobre el aforismo que el derecho no exige heroísmo a los sujetos imperados, ello teniendo en consideración el amplio periodo que la mujer sufrió maltratos físicos y psicológicos, lo que implicaría que el bien jurídico vulnerado desde la perspectiva de la mujer fue su integridad física y la inminencia de peligro para su vida.¹⁶⁹

Por último, el cuarto requisito, se estimó probado al no existir obligación de sacrificio por parte de la acusada de tener que aguantar maltratos en orden a que se afecte su vida.

¹⁶⁹La sentencia definitiva en su página 50 señala textualmente: Tercer requisito: Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita; En este caso, lo conculcado claramente fue la integridad física y la inminencia del peligro para la vida de la acusada, pues también se probó que la violencia que padeció por largos años fue en escalada. De modo tal, que es procedente aplicar la conocida máxima jurídica relativa a que el derecho no exige heroísmo a los sujetos imperados.

Dentro del mismo orden, no debemos olvidar que se está juzgando un hecho que fue el resultado de violencia tanto física como psicológica, reiterada, en tal sentido no es posible aplicarse el mismo baremo que en los casos cuando se reacciona ante una sola agresión, esto es, actual y aislada. Al respecto no aparece excesivo asentar que el conviviente de Karina la golpeaba muchas veces hasta dejarla inconsciente, situación a que la acusada aludió, añadiendo que algunas ocasiones sus propios hijos la asistían.

2.2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD DICTADA POR LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL

Tal como se señaló al inicio del presente capítulo, el fallo del Tribunal Oral fue anulado; y al efecto la Corte de Apelaciones de San Miguel abordó varios aspectos, siendo éstos en síntesis los siguientes:

En el motivo octavo, la Corte exige que la acción se lleve a cabo en un plano de conciencia para los sujetos involucrados, en orden a que se le otorgue la opción a la víctima (del homicidio) de poder defenderse del ataque, cosa que no sucedió por encontrarse éste durmiendo y, añade que habiendo transcurrido un día desde el último ataque, que se efectúa contra el hijo común, no habría cercanía entre los hechos de violencia doméstica y la acción de matar, por lo tanto no existiría la actualidad e inminencia de un peligro para la mujer o su familia.

En el considerando noveno, si bien señala que reafirma la conclusión anterior en orden a la falta de actualidad e inminencia, ahora señala que no existió un mal grave sobre ella, toda vez que dice que al ejecutarse la acción homicida por la mujer, no existía como correlato otra que acarrear para ella peligro para la vida propia o de sus hijos. No obstante lo anterior, también podemos desprender que la Corte extraña la falta de proporcionalidad del mal causado en relación al evitado, toda vez que indica que al evitar el mal, se causó otro superior, en palabras de la Corte, otro de mayor entidad.

Luego en el motivo décimo, del tenor del mismo, podríamos estimar que lo que se reprocha es la inexistencia de un mal grave, es decir del presupuesto esencial de la eximente, conclusión a la que se arriba, toda vez que se señala que no se demostró que el día del homicidio, la mujer haya experimentado una situación diferente a las vividas, que la hayan llevado a determinar que lo sucedido en los días anteriores acarrearían riesgo para su vida.

Luego en el mismo orden de ideas, en el considerando undécimo, entendemos que se efectúa un análisis referente a las circunstancias segunda y tercera. En relación a la exigencia de la utilización de un medio comisivo menos lesivo, se reprocha por el

tribunal de nulidad el hecho de no haberse adoptado medidas de protección, indicando el acudir a su familia y el dar cuenta de los maltratos a la policía u organismos competentes, haciendo presente el fallo que existen medio lícitos que podían haberse utilizado y que eran menos lesivos. Respecto de la circunstancia tercera, se señala que existió un temor de que se cometiera un mal grave, pero que dicho mal no podía ser mayor que el causado para evitarlo, que en este caso fue el hecho quitar la vida a la pareja de la mujer.

2.3. ANÁLISIS DEL SEGUNDO FALLO DICTADO POR EL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUENTE ALTO

En relación a la circunstancia primera, la estima acreditada teniendo en consideración que el mal es actual e inminente por tratarse de un peligro permanente, que puede verificarse en cualquier momento, una vez que se despertara la víctima (del homicidio), siendo plausible pensar que la mujer podía ser muerta por su pareja, lo que es dable estimarlo conforme al alero del historial de violencia que marca la vida de la acusada, citándose al efecto todas las lesiones que recibió y que han quedado como huella indefectible en su cuerpo.

Respecto de la circunstancia segunda, el tribunal indica que concurre, dado que al efecto no existe otro medio comisivo menos lesivo, señalando que el darle muerte mientras se encontraba durmiendo la víctima, era el único medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal sobre la vida de la mujer. No siendo posible recurrir a otros medios como realizar denuncias, puesto que conforme al historial penal de occiso, éste a los ojos de la acusada siempre quedaba libre, unido al hecho que la golpeó en la cárcel cuando estaba privado de libertad por otro hecho. Se tuvo presente también eventuales venganzas contra la familia de la acusada, si ésta se iba a vivir con sus padres, abandonando a su agresor. Por último se apreció además de lo anterior, que la agresividad lo era para con el grupo familiar, como para terceros, es decir que se está ante un sujeto con personalidad agresiva.

En cuanto a la tercera circunstancia, la funda sobre el hecho que se trató de impedir que se afectara la vida de cuatro personas respecto de la vida de otra, citando

pautas de riesgos que se aplican en violencia intrafamiliar y que encuentran apoyo legal en el artículo 7 de la ley 20.066.

Por último, la cuarta circunstancia se acredita por el hecho de no tener que soportar la acusada como sus hijos los maltratos físicos ni una eventual muerte de éstos por su pareja o padre.

Conforme lo expuesto, se procede a la absolución de la acusada por no existir culpabilidad, por haber operado la eximente de responsabilidad penal en cuestión.

3. CASO II. ANÁLISIS DEL FALLO DICTADO POR EL SÉPTIMO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO

Los hechos son los siguientes: Que el día once de octubre del año dos mil once, en horas de la tarde, en circunstancias que los convivientes, se encontraban en el interior del inmueble, se inició entre ellos una pelea producto de la ebriedad del varón y, con ocasión de ello, la mujer fue hasta la cocina y sacó un cuchillo cocinero, de 22 centímetros de hoja, el que asestó en cuatro oportunidades en ambas extremidades inferiores de su conviviente, en una de las cuales le cercenó la arteria femoral poplítea de la pierna izquierda, mientras que las otras tres le provocaron lesiones de menores consecuencias. La primera de las heridas descritas, ocasionó una anemia aguda, producto de lo cual falleció momentos más tarde, luego de ser trasladado hacia el centro asistencial¹⁷⁰.

La defensa invoca la eximente en estudio, basado en la historia de violencia doméstica que sufría su defendida, señalando que estamos frente a un conflicto vida por vida, teoría del caso que es desechada por el tribunal.

Que al respecto el fallo centra su análisis en la inexistencia de un mal grave, lo que en sus palabras refiere como la falta de un estado permanente o inminente que acarrear peligro grave para la vida de la acusada o de un tercero, dado que ello no se

¹⁷⁰Causa RIT 63 – 2012, RUC N° 1101043228-8. Base documental del Poder Judicial. Fuente: Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 30 septiembre de 2013]. Nota: Se han omitido los nombres de la acusada y de la víctima, así como también su domicilio.

acreditó, no entrando al análisis de las restantes circunstancias de la eximente. Hace presente que si bien se confirmó que entre los convivientes existía una relación conflictiva que se acentuó en el último tiempo, ello no permite configurar un escenario conforme al cual se puede entender que ello implicaba una situación de tormento para la víctima, como tampoco puede estimarse que sobre ella acechaba un mal grave ni menos que el occiso haya sido un tirano familiar, por existir antecedentes que evidencian que era un jefe de hogar que estaba preocupado por los niños, antecedentes todos que impiden comprender la acción desplegada por la acusada. No obstante lo anterior, se recalificaron los hechos, siendo condenada la autora por un delito doloso de lesiones menos graves, en concurso con un delito culposo de homicidio simple consumado¹⁷¹.

4. REFLEXIONES ACERCA DE LOS CASOS

Si bien es cierto no es posible sacar una tendencia en cuanto a cuál es el grado de exigencia para la verificación de las circunstancias de la eximente de estado de necesidad, sí es posible esbozar algunas ideas críticas al respecto.

En lo que dice relación al presupuesto base de la eximente, esto es, el mal grave, sólo el primer fallo dictado por el Tribunal Oral lo aborda como punto de partida, pero los restantes no, y ello sólo es posible advertirlo cuando se analiza a propósito si concurre la circunstancia primera, no obstante, creemos que el análisis debe partir primero en cuanto a si existe un mal y en la afirmativa, si tiene el carácter de ser grave que precisa la norma, puesto que en situaciones en que falta el mismo o bien ante males que no tienen el adjetivo de ser grave, se hace innecesario proceder al análisis de las circunstancias legales, conclusión a la que se arriba, debido al carácter esencial que tiene dicho presupuesto, toda vez que si aquel no existe no hay nada que evitar entonces. En este orden de ideas, el fallo de nulidad en sus motivos noveno, décimo y undécimo expresan que no existió una situación de peligro para la mujer o hijos, por lo tanto podemos entender que no existe un mal grave, añade la Corte en el considerando once que sólo existió un temor grave, no obstante lo anterior, aun a

¹⁷¹La sentencia definitiva no fue recurrida.

pesar de ello siguió con el análisis, entrando a ponderar la circunstancias del artículo 10 N°11, no obstante no existir el presupuesto básico de la misma.

En cuanto a la circunstancia primera, actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar, el primer fallo del tribunal oral estima que concurren ambas, ello basado por los maltratos ya sufridos, los que a su vez permiten estimarlos como un riesgo inminente de que ocurran otros futuros, conforme la pauta legal del artículo 7 de la ley 20.066. El segundo fallo del tribunal oral, también estima que el mal es actual e inminente, pero esta vez basado en la figura del peligro permanente, cuyo sustrato fáctico sería una eventual afectación a la vida de la mujer, lo que es estimado conforme al historial de violencia por ella sufrida.

De lo dicho por la Corte de Apelaciones, en relación a esta circunstancia, al respecto podríamos inferir que la actualidad e inminencia para ella desaparecen si transcurre más de un día desde el mal que se avecina y el que se ejecuta para sortearlo, no dando cabida a la figura que la doctrina denomina peligro permanente, que es propio del tirano familiar, al que se ha hecho referencia en el presente trabajo y que podría calzar con el modo de vida y maltrato que daba el occiso a su mujer e hijos. Así, siendo reducidos los intervalos de tiempo entre los males, sería del todo imposible dar cabida a la figura antes mencionada, por lo que podemos entender, es que la sentencia de nulidad derechamente está diciendo que no se materializa los supuestos de hecho que permiten tener por configurada la circunstancia primera del artículo 10 N°11 del Código Penal, actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. Así forzoso resulta concluir que al efecto, no dándose dicha circunstancia obligadamente desaparece la eximente, inexistencia que también impide invocarla en su versión incompleta como atenuante.

Respecto de la circunstancia segunda, el primer fallo del tribunal oral afirma que el darle muerte mientras dormía el agresor era el único medio que existía y lo funda sobre la base de la inferioridad física que tiene la mujer en relación al hombre, por eso actuó cuando éste dormía. El segundo fallo también razona aceptando la muerte mientras dormía como único medio comisivo menos lesivo. Solución a la que llegan mediante el descartar la utilización de otros medios lícitos dada la inocuidad que

tendrían para evitar nuevos episodios violentos. La Corte, por el contrario, estima que deben hacerse denuncias y/o recurrir a la familia, por lo tanto en el caso concreto se podía acceder a medios no perjudiciales, no obstante no se pronuncia acerca de si éstos son eficaces, limitándose sólo a enunciarlos.

Respecto de la tercera circunstancia, la primera sentencia lo asila en la vulneración de la integridad física y el eventual peligro para la vida, por su lado, el segundo juicio, estimó que ello se verifica por haber estado en peligro cuatro vidas, versus una. Por su parte, la Corte en relación a esto señala que el mal no podía ser mayor que el causado para evitarlo, que en este caso fue el hecho de quitar la vida a la pareja de la mujer. Al respecto ha de señalarse, que lo que se exige por la norma es que no se cometa con ocasión de la eximente un mal sustancialmente superior; lo que se determina mediante el ejercicio de la comparación de males, por consiguiente luego de efectuada recién estamos en condiciones de concluir si dicho límite se ha sobrepasado. No obstante, el fallo de nulidad no realiza dicho ejercicio comparativo, por lo que a nuestro entender prescinde de la sustancialidad, al señalar que el mal no debe ser superior simplemente, lo que podría llevar a que frente al resultado de una comparación de males idénticos, la eximente no tendría aplicación por falta de su concurrencia tercera.

Siguiendo con el análisis, se advierte de los fallos del tribunal oral, de la lectura de los considerandos, que éstos tampoco realizan el ejercicio comparativo de males para determinar que el mal causado no fue sustancialmente superior, no existiendo un razonamiento crítico en este sentido que permita entender cómo llegan a dicho resultado y tener por establecido en definitiva la circunstancia tercera.

Por último, en relación con la cuarta circunstancia, las sentencias orales la acreditan dado que no existe obligación de tolerar maltratos que repercutan en la conservación de la vida, lo cual es evidente dada las particulares aristas que presenta el caso, toda vez que no se trata de un mal grave que se origina con ocasión del desempeño de una actividad riesgosa que ejecuta la autora.

Mención aparte merece el tratamiento de la exigencia de la Corte en orden a que debe existir un plano consciente para los sujetos que intervienen en el estado de

necesidad, para que la víctima, en este caso del homicidio, haya podido repeler el ataque. Que en relación a esto, debemos señalar que no es presupuesto exigido por la norma como tampoco por la doctrina de los autores que se han ocupado del tema, por lo que no es necesaria su concurrencia para entrar al análisis de la eximente, a diferencia de la existencia de un mal grave.

Antes de proceder a abordar las conclusiones a que se arriban en el presente trabajo, es necesario señalar que en la base documental del poder judicial hemos encontrado sentencias en las que se ha invocado la eximente del artículo 10 N° 11 del Código Penal, no obstante no se refieren a casos de homicidios ejecutados por mujeres víctimas de violencia doméstica^{172173, 174}.

¹⁷²En causa RUC: 1200446739-4, RIT: 1646-2012, del Juzgado de Garantía de Punta Arenas se acogió la eximente en estudio, no obstante no existe mayor fundamentación en el fallo, y se trató de un delito de lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar. Fuente: Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 16 octubre de 2013]. En causa RUC: 1000955982-0, RIT: 316-2012, del Sexto Tribunal Oral de Santiago se acogió la eximente en estudio, se trató de un delito de Desacato. Fuente: Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 16 octubre de 2013].

¹⁷³En causa RUC N°1.200.402.034-9, RIT: 388-2012, del Sexto Tribunal Oral de Santiago se acogió la eximente en estudio en su versión de incompleta, se trató de un delito de porte arma de fuego prohibida del artículo 3° de la Ley N° 17. 798. Fuente: Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 16 octubre de 2013].

¹⁷⁴En causa RUC: 1000955982-0, RIT: 316-2012, del Sexto Tribunal Oral de Santiago se acogió la eximente en estudio, se trató de un delito de Desacato. Fuente: Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 16 octubre de 2013].

Conclusiones

A lo largo del presente trabajo ha sido posible obtener las siguientes conclusiones.

En lo que se refiere al número 11 del artículo 10, dicha norma consagra legalmente el estado de necesidad que hasta antes sólo tenía cabida mediante la aplicación del artículo 10 N°9 fuerza irresistible, miedo insuperable. Que la nueva eximente efectivamente nace por la preocupación que generaba la falta de un tratamiento más favorable para las víctimas de violencia doméstica que daban muerte a su agresor. No obstante la norma en su redacción final, no plasmó un mecanismo que guardara correspondencia con la inquietud antes indicada, pero no obstante ello, sí permite ser invocada a los casos de homicidio motivados en contexto de violencia intrafamiliar.

Que la nueva eximente requiere de un presupuesto básico, el cual a juicio de la doctrina tiene el carácter de esencial, cual es la existencia de un mal grave, el que de existir, además exige que se verifiquen cuatro circunstancias o elementos: actualidad o inminencia del mal, subsidiariedad del medio empleado, que no se causen males superiores de manera sustancial y que no exista obligación de sacrificio, en el sentido de tener que soportar el mal. Verificado todo ello, se está en condiciones de reconocer la eximente, liberando de responsabilidad penal a su autor, toda vez que conforme a la situación vivida no le era exigible que se comportara conforme a la norma. Pero para arribar a dicha conclusión se hace necesario realizar un análisis, y teniendo claro que la institución estudiada es efectivamente un estado de necesidad, el ejercicio interpretativo debe hacerse utilizando criterios elaborados al efecto por la doctrina, especialmente alemana y española, en la que debe tenerse presente las clases de males en pugna, los bienes jurídicos afectados, intensidad del daño y clase del mismo, la posibilidad de recuperación de bien, el hecho de la pérdida definitiva del mismo, todo lo cual debe analizarse para un caso concreto.

Lo anterior será de mucha utilidad, dado que la norma sólo ha señalado las circunstancias, por lo que en los casos concretos en que se invoque dicha eximente, deberá estarse a dichos criterios doctrinarios para determinar si en definitiva procede o

no, y además permitirá entender por qué ha tenido cabida o es rechazada, tan sólo siguiendo y reproduciendo el razonamiento lógico que se ha efectuado.

Siguiendo con las conclusiones, se pudo establecer que la eximente puede aplicarse a todos los delitos, por lo tanto los homicidios que se cometan en contexto de violencia doméstica también permiten argumentarla.

Igualmente quedó sentado que no es menester la exigencia previa de efectuar denuncias o solicitar medidas cautelares para que pueda materializarse la circunstancia segunda, toda vez que esta última dice relación con el hecho de poder utilizar un medio menos lesivo, es decir que obedece a la idea de subsidiariedad, y tal como se ha analizado las denuncias y las medidas accesorias no tienen en sí mismas un efecto disuasivo. Así mientras las medidas cautelares dictadas con ocasión de una causa por violencia intrafamiliar no tengan la eficacia que se persigue con su dictación, se estima que no sería posible elevarla a la categoría de ser un medio alternativo menos lesivo al cual la víctima de violencia doméstica pudiera acudir, para así poder evitar el mal grave que se cierne sobre ella, afirmamos que ello es así, puesto que la realidad se impone en orden a que ellas no tienen en sí misma la virtud de poder detener al agresor en cuanto éste tiene prohibición de acercarse. Creemos que el efecto protector que se echa de menos podrá recién materializarse sólo en parte, una vez que se apliquen los brazaletes electrónicos, los que permitirán el monitoreo telemático de los agresores condenados y que gocen de libertad vigilada intensiva y reclusión parcial.

Se pudo comprobar que la circunstancia tercera de la eximente, en cuanto a la limitante que el mal causado no lo fuese sustancialmente superior en comparación al que se evita, ello no obsta a los casos de males semejantes que afecten a bienes jurídicos idénticos, toda vez que dicha limitante debe entenderse que opera sólo para males, que comparados entre sí, permitan tenerlos como desproporcionados. Por lo que al existir identidad de males se estima que no se supera el límite establecido por el legislador, siendo perfectamente posible que la institución surta efectos en los casos de homicidios cometidos por la mujer en contexto de violencia doméstica, cuando la vida

de ésta podría verse afectada, despejando la interrogante que guiaba el trabajo que en principio se estimaba negativa.

Que en relación al tipo de violencia que constituye el mal grave, llegamos a la conclusión que ésta podría ser tanto física como psicológica, y sólo deben cumplir con los estándares que la doctrina ha sentado en relación a ello, a saber, que se trate de un mal grave, que sea actual o inminente, lo que debe entenderse como real y/o probable que ocurra. Que en relación a este tema, inquietaba el hecho de por qué era necesario crear la eximente del estado de necesidad, si ya existía legalmente otra herramienta que podía utilizarse, y que de hecho la jurisprudencia lo hacía, como lo es la eximente del número 9 del artículo 10 del Código Penal, fuerza irresistible y miedo insuperable. Al respecto quedó claro que si bien estamos frente a dos eximentes de responsabilidad penal, éstas tienen características y exigencias que las separan. Así en el estado de necesidad se presenta el límite de que la causación del mal no debe serlo sustancialmente mayor, exigencia que no se precisa respecto del numeral nueve. De otro lado, el miedo insuperable que motiva a realizar una acción tiene un componente psicológico que se exige sólo en este último, pero no en el estado de necesidad. Así establecido lo anterior, permite concluir que en el estado de necesidad del N°11 tienen cabida males graves, ya sea que provengan de violencia física como psicológica, y que no traspasasen el límite de ser sustancialmente superiores. En cambio podrá invocarse la eximente del número 9, cuando no sea posible hacerlo conforme al estado de necesidad, cuando no se cumplan los requisitos para ello, específicamente cuando se sobrepasa el mal sustancialmente.

Siguiendo el análisis referente al tipo de mal, quedó descartado el que provenga de la violencia económica, ello por no reunir la exigencia de ser grave conforme lo exige la eximente, haciendo presente que cuando las restricciones económicas se tornan extremas, como sería por ejemplo el hecho de pasar hambre, pasamos al estado de la violencia física por afectación de la integridad o salud de la persona.

En suma, podemos señalar que la creación de la eximente de estado de necesidad, resultó ser un aporte, en primer lugar por reconocer legalmente una institución, que sólo era aplicada mediante una interpretación que la reconocía

mediante el N° del artículo 10 y; en segundo lugar , puesto que la creación de la misma permitirá abrazar supuestos sin entrar a discutir si sólo es procedente respecto de fuerza física o moral, como se hacía con la eximente del numeral nueve.

Bibliografía

Bibliografía Nacional

BULLEMORE G., Vivian y MACKINNON, R., John. *Curso de Derecho Penal*. Teoría del delito. Tomos I y II. 3ª Edición. Santiago, Ed. Legal Publishing. 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones Derecho Penal*. Volumen II, Teoría del Delito, Teoría del Sujeto Responsable y Circunstancias del Delito. Madrid. Ed. Trotta. 1999.

CILLERO, Miguel; COUSO; Jaime; HERNÁNDEZ Héctor y MERA, Jorge. *Código Penal Comentado*. Libro Primero. Santiago. Ed. Legal Publishing Chile. 2011.

COUSIÑO MACIVER, Luis. *Derecho Penal Chileno, Parte General*. Tomo I, II, III. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 1992.

CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 7ª Edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005.

ETCHEBERRY Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I y II. 3ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 1997.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. Tomos I y II. 4ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2009.

LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Actualizada por Julio Zenteno Vargas. 9ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2000.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (editor), *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile*. Libro de Homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago. 2013.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Parte General. Tomo I. 3ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2010.

POLITOFF L., Sergio; MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G. María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General. 2ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. 2003.

URQUIZO OLAECHEA, José (director). *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Lima: Idemsa. 2007.

VAN WEEZEL, Alex (editor). *Humanizar y Renovar el Derecho Penal*. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago. Ed. Legal Publishing. 2013.

Bibliografía Extranjera

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª Edición. Buenos Aires. Ed. Hammurabi Srl. 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2ª Edición. Madrid. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Traducción de la 5ª Edición por Miguel Olmedo Cardenete. Granada. Ed. Comares. 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*. 3ª Edición. Buenos Aires. Ed. Sudamericana S.A. 1958.

LARRAURI, Elena y VARONA, Daniel. *Violencia Doméstica y Legítima Defensa*. Barcelona. Ed. EUB. 1995.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General*. 6ª Edición. Buenos Aires. Ed. Bibliográfica. 1958.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (editor). *Comentarios al nuevo código penal*. 4ª edición. Navarra. Ed. Aranzadi. 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego – Manuel Luzón

Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Ed. Civitas, S.A. 1997.

Documentos en línea

EXPÓSITO, Francisca. "Violencia de Género. La asimetría social en las relaciones entre mujeres y hombres favorece la violencia de género". Revista Mente y Cerebro. N° 48. 2011. <<http://www.uv.mx/cendhiu/educacion/documents/ArticuloViolenciadegenero.pdf>> [Consultado el 20 de julio de 2013.]

SANTIBAÑEZ T., María Elena y VARGAS P., Tatiana. "Reflexiones en torno a las Modificaciones para Sancionar el Femicidio y otras Reformas Relacionadas (LEY N ° 20.480)". Revista Chilena de Derecho. Versión online. Volumen 38, N°1. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000100013&lng=es&nrm=iso>. [Consultado en 15 de febrero de 2012.]

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal español*. ADPCP, Tomo XXXV, Fascículo III, año 1982. <www.cienciaspenales.net> [Consultado el 23 de marzo de 2013]

VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. "Lesiones y Violencia intrafamiliar". Revista chilena de Derecho. Volumen 35, N°2.

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000200002&lng=es&nrm=iso>. [Consultado el 28 de agosto de 2013.]

Historia de la Ley 20.480 <<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>>. [Consultado el día 23 de mayo de 2011].

Estudios y Documentos Institucionales

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Organización de los Estados Americanos/ser.L/II, Doc. 68, Washington DC, Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 20 de enero de 2007.

<<http://www.cidh.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>>. [Consultado el día 5 de julio de 2012.]

SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. *Orientaciones técnicas para la intervención psicosocial con mujeres víctimas de violencia intrafamiliar por parte de su pareja.*

<http://www.sernam.cl/descargas/002/doc/Orientaciones_Tecnicas_Centros_Mujer_2012.pdf>. [Consultado el día 20 julio de 2013.]

SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. *ORIENTACIONES TÉCNICAS 2012 MODELO DE INTERVENCIÓN CENTROS DE LA MUJER.*

<http://www.sernam.cl/descargas/002/doc/Orientaciones_Tecnicas_intervencion_psicosocial_mujeres_2012.pdf> [Consultado el día 15 julio de 2013.]

Normativa y Legislación Nacional e Internacional.

Legislación Nacional:

- Ley N° 20.066 de Violencia intrafamiliar, publicada el 7 de octubre de 2005 en el diario oficial. <www.bcn.cl>,
- Ley N° 20.480 que modifica el Código Penal y la Ley 20.066, estableciendo el delito de Femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre el Parricidio. Publicada el 18 de diciembre de 2010 en el diario oficial. <www.bcn.cl>
- Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Publicada el 30 de agosto de 2004 en el diario oficial. <www.bcn.cl>
- Ley 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Publicada el 14 de mayo de 1983 en el diario oficial, Modificada por la Ley 20.603, publicada el 27 de junio de 2012 en el diario oficial. <www.bcn.cl>
- Decreto 515 del Ministerio de Justicia que aprueba reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o

restrictivas de libertad. Publicado el 18 de enero de 2013 en el diario oficial.

www.bcn.cl

- Código Penal. Publicado el 12 de noviembre de 1874. www.bcn.cl
- Código Procesal Penal. Publicado el 12 de octubre de 2000. www.bcn.cl
- Código de Procedimiento Civil. Publicado el 30 de agosto de 1902. www.bcn.cl

Legislación extranjera:

- Código Penal español de 23 de noviembre de 1995.
- Código Penal alemán, actualizado al 30 de agosto de 2002.

ONU:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer.
- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW).

OEA:

- Convención Americana sobre derechos humanos.
- Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer. Convención Belém do Pará.

Sentencias

Causa RIT 166 – 2012, RUC 1101060685-5, Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, Rol Ingreso Corte 133 – 2013 REF Corte Apelaciones de San Miguel. Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 16 octubre de 2013].

Causa RIT 63 – 2012, RUC N° 1101043228-8. Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 30 septiembre de 2013.]

Causa RIT: 1646-2012, RUC: 1200446739-4, Juzgado de Garantía de Punta Arenas. Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 16 octubre de 2013.]

Causa RIT: 388-2012, RUC N°1.200.402.034-9, Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 16 octubre de 2013].

Causa RIT: 316-2012, RUC: 1000955982-0, Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Base documental del Poder Judicial. <www.poderjudicial.cl>. [Consultado el día 16 octubre de 2013.]