



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

Análisis Teórico del artículo 10 N° 11 del Código Penal

Memoria para optar al Grado de Licenciado

en Ciencias Jurídicas y Sociales.

JOAQUIN VASQUEZ AMARALES

Profesor Guía: JUAN PABLO MAÑALICH

Santiago, Chile

Junio 2015

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen	vi
Introducción	1
CAPITULO 1 - Artículo 10 N° 11 del Código Penal	8
1.1. La Ley 20.480	8
1.2. Discusión dogmática en Chile	13
1.2.1. Enrique Cury	14
1.2.2. Juan Domingo Acosta	15
1.2.3. Tatiana Vargas	17
1.2.4. Jaime Couso y Héctor Hernández	21
1.2.5. Juan Pablo Mañalich	22
1.2.6. Javier Wilenmann	24
1.3. Justificación y exculpación	28
1.3.1. Normas de comportamiento y reglas de	28

imputación	
1.3.2. Consecuencias de la distinción	38
1.3.3. Principios de la justificación – interés preponderante y solidaridad	45
1.3.4. Límites al principio del interés preponderante	49
1.3.5. Perspectivas sobre el principio de solidaridad	54
1.3.6. Regreso a la discusión chilena	62
1.4. Excurso – estado de necesidad defensivo	72
CAPITULO 2 - La culpabilidad	79
2.1. Concepción normativa	86
2.1.1. Reinhard Frank	88
2.1.2. James Goldschmidt	98
2.1.3. Berthold Freudenthal	104
2.1.4. Edmund Mezger	108
2.1.5. La crítica de Heinrich Henkel	114
2.1.6. La doctrina hispanohablante	120

2.2. Concepción normativa de la culpabilidad en el finalismo	126
2.3. La estructura de la culpabilidad más allá de las teorías normativas	138
2.3.1. Reinhart Maurach y la teoría de la atribuibilidad del hecho	138
2.3.2. Enrique Gimbernat	147
2.3.3. Claus Roxin	153
2.3.4. Günther Jakobs	158
2.3.5. Urs Kindhäuser	164
2.4. Balance	171
CAPITULO 3 - El estado de necesidad como exculpación	176
3.1. El mal que se impide	179
3.2. La acción de salvamento	186
3.3. Estándar de proporcionalidad	188

3.4. No exigibilidad de soportar el peligro	191
3.5. Personas susceptibles de salvamento	195
CONCLUSIONES	198
BIBLIOGRAFIA	202
JURISPRUDENCIA CITADA	217

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar al estado de necesidad introducido en nuestra legislación en diciembre del 2010 con la modificación al artículo 10 N° 11 realizada por la ley 20.480.

En primer lugar, se resume el estado de la doctrina chilena al respecto y de la discusión sobre la naturaleza de la eximente: si es meramente exculpante, o también justificante. Para ello se utiliza la conceptualización de las eximentes de justificación y exculpación como instancias de normas de comportamiento y reglas de imputación, respectivamente.

Luego, tomando como punto de partida el caso de Karina Sepúlveda, absuelto por el Tribunal de Juicio Oral de Puente Alto en base a un estado de necesidad exculpante, se expone sobre la doctrina de la culpabilidad, y las distintas formas e interpretaciones que ha tenido desde inicios del siglo XX en adelante.

Finalmente, se elabora sobre los requisitos legales para que opere un estado de necesidad exculpante, con una mención de las consecuencias que le asignan las distintas teorías.

INTRODUCCIÓN

Una mujer convive con un hombre que la maltrata física y psicológicamente. Tras muchos años de violencia, ella se ha hundido en estado de profunda desesperanza. No puede abandonarlo, pues teme que por despecho él le haga daño, o incluso la mate. No puede acudir a las autoridades, pues sabe que la reacción de su marido también será violenta. Sin otra solución, ella lo mata, librándose así de su tiranía, pero convirtiéndose, a los ojos del Derecho Penal, en una homicida.

Dos náufragos flotan en el mar; se aferran desesperadamente a una tabla que los mantiene a flote, pero, dándose cuenta de que no puede sostenerlos a ambos, uno mata al otro, sobreviviendo y siendo rescatado tras varios días en el agua. Un médico de un hospital público sobrepoblado se ve en el dilema de tener que sacar a un enfermo terminal de una máquina de soporte vital para que un niño pequeño pueda usarla, salvando la vida del niño pero condenando al enfermo terminal a una muerte segura. Si se le pregunta, el médico dirá que no tuvo otra opción.

Pocos hechos cautivan tanto nuestra imaginación, y nuestra sensación de horror, como los delitos cometidos por necesidad. Al ver los crímenes comunes, aquellos cometidos por delincuentes habituales, uno siente temor, pero por la amenaza de ser víctima de ellos. Esos son criminales, “otros”, que actúan fuera de las normas de la sociedad. Nosotros, nos decimos, no somos así. Nunca haríamos eso. Es distinto con los delitos por necesidad: todos podríamos cometer uno. Si estuviésemos en esa situación, nos veríamos forzados a cometer algo que normalmente ni siquiera contemplaríamos, actuando como supuestos criminales. La necesidad, se dice, saca lo peor de cada uno.

El estado de necesidad no es nueva para el Derecho Penal, desde la Antigüedad pre-cristiana se discute sobre la solución más justa para los casos en los que se realizan acciones normalmente consideradas criminales bajo circunstancias extremas, como tomar una vida para salvar la propia. Uno de los primeros en referirse al tema fue el filósofo griego Carneades¹ con el famoso caso, más tarde bautizado en su nombre, de los dos naufragos flotando en el mar. Desde entonces, se ha desarrollado una rica y variada

¹ HRUSCHKA, Joachim. 2006. Causas de Justificación y Causas de Exculpación: La Tabla de Carneades en Gentz y en Kant. ADPCP LVII: 6 – 17, pp. 6 – 7.

bibliografía explorando los límites morales y jurídicos de esta cuestión. En la doctrina actual se define el estado de necesidad como aquel en que, para prevenir un peligro para intereses jurídicos propios o de personas cercanas a uno, se requiere poner en peligro los intereses jurídicos de otra persona. La acción resultante es ciertamente dañosa, mas no es inmediatamente reprochable, pues se actúa con un interés superior a la vista.

Mientras que sobre la legítima defensa ha existido siempre acuerdo respecto de su condición de justificante², sobre el estado de necesidad se ha discutido extensamente sin que se haya podido generar un consenso. Esto es porque en la legítima defensa, el afectado por la acción defensiva es un agresor injusto. Es causante de una situación reprobada por el Derecho, el cual actúa para corregirla o al menos otorga las herramientas a los ciudadanos para repeler el ataque. En el estado de necesidad, en cambio, la víctima será siempre inocente³.

En Chile, hasta hace poco el único estado de necesidad contemplado por nuestra legislación era el del artículo 10 N° 7 del Código Penal, que

² Por todos: COUSO, Jaime. 2011a. Comentario al artículo 10 N° 4. En COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Hector (directores). Código Penal Comentado. Libro Primero (artículos 1 a 105): Doctrina y Jurisprudencia. Santiago: Abeledo Perrot. pp. 209 – 226.

³ Bajo cierta definición de “inocente”, claro está: el estado de necesidad defensivo se caracteriza porque en él la víctima de la acción de salvamento ha originado el peligro, aunque no en forma directa o por una agresión ilegítima, como en la defensa necesaria. Más en detalle en la sección 1.3.2.

permitía causar daños al patrimonio de un tercero, con el fin de evitar un daño mayor al causado, hacia la propia persona o derechos o los de un tercero. Sobre este artículo hubo siempre consenso de que se trataba de un estado de necesidad justificante⁴, existiendo acuerdo también en que, aunque presente en la doctrina, el estado de necesidad exculpante no tenía mención explícita en nuestra legislación⁵. Con la ley 20.480, publicada en Diciembre del 2010, cambió el panorama en nuestra doctrina. Ella introdujo, gracias a la intervención del recientemente fallecido profesor Enrique Cury, una nueva eximente en el artículo 10 N° 11, que exime a quien obre

“para evitar un mal grave a su persona, 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.”

⁴ Por todos COUSO, Jaime. 2011b. Comentario al artículo 10 N° 7. En COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Hector. 2011. pp. 234 – 236, con amplia bibliografía.

⁵ Aunque varios autores sostenían que el estado de necesidad exculpante ya existía en nuestra legislación, contenida en la eximente del artículo 10 N° 9, de “miedo irresistible o fuerza insuperable”, con variados resultados. Por todos: HERNÁNDEZ, Héctor. 2011. Comentario al artículo 10 N° 11. En COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Hector. 2011. pp. 266 – 275; p. 270, con amplia bibliografía.

Hasta ahora sólo ha habido un caso en el que se ha aplicado este artículo: la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto del 21 de junio del 2013⁶, en la que se juzgó a Karina Sepúlveda Cisternas, mujer de 32 años quien, después de una convivencia de 18 años con Claudio Reyes Carrasco marcada por una violencia extrema contra ella, lo mató con su propia arma mientras dormía. La acusada fue absuelta por el Tribunal, alegando un estado de necesidad exculpante. Al terminar el juicio, un periodista le preguntó al abogado de Karina Sepúlveda si esta sentencia significaba que las mujeres maltratadas por sus maridos estaban autorizadas a defenderse con fuerza letal, ante lo cual el abogado respondió enfáticamente que no, que la naturaleza del estado de necesidad exculpante es que debe revisarse cada caso en sus características específicas, y que en ningún caso la absolución implica permitir el hecho. En este caso no hay duda respecto a que eximir de responsabilidad no implica describir al hecho como permitido; en otros casos, sin embargo, esto no es tan claro. En nuestra doctrina hay una creciente diversidad de opiniones sobre el tema, habiendo en lo esencial

⁶ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUENTE ALTO, 21 de junio de 2013, Contra Karina Sepúlveda Cisternas por parricidio, RUC: 1101060685-5, RIT: 166-2012, Redactado por la juez Gladys Camila Villablanca Morales. Esta fue la segunda sentencia emitida por dicho Tribunal en la causa, pues la primera fue anulada por la Corte de Apelaciones de San Miguel tras un Recurso de Nulidad, ordenando que se hiciera un nuevo juicio.

dos teorías en disputa: una que postula que el artículo 10 N° 11 es sólo exculpante, y otra que señala que, además de exculpante, es también justificante. Detrás de este problema, hay otras preguntas esenciales sobre las que existe desacuerdo: ¿Cuál es la diferencia entre permitir un hecho o sólo disculpar a su autor? ¿Por qué estamos dispuestos a eximir de responsabilidad a quien comete un hecho prohibido? ¿Qué hay en el estado de necesidad que nos inspira a perdonar a su autor, aunque condenemos su acción? En el presente texto se explorarán estas preguntas y se alzarán otras, con la intención de contribuir a la discusión y entregar propuestas de solución.

Este trabajo tiene tres partes: la Primera Parte trata, a grandes rasgos, sobre el artículo 10 N° 11 del Código Penal y la distinción entre justificación y exculpación; la Segunda Parte trata exclusivamente sobre las teorías sobre culpabilidad y exculpación, y la Tercera Parte sobre los requisitos para que opere el estado de necesidad exculpante. La Primera Parte estará dividida en cuatro secciones: en la Sección I se hará un resumen de la historia de la ley, y con ella las circunstancias de su redacción, las intenciones y los fundamentos del legislador. En la Sección II se expondrá brevemente el estado de la doctrina chilena sobre el tema,

intentando identificar las fuentes de disputa. Se anticipa que un punto importante de desacuerdo es la forma de caracterizar la distinción entre justificación y exculpación, y las bases teóricas para ello. En la Sección III se explorará esta dicotomía, en base a la teoría que identifica justificación y exculpación con la aplicación de normas de comportamiento y reglas de imputación, respectivamente. En la Sección IV, utilizando las herramientas teóricas desarrolladas hasta ahí, se elabora una respuesta tentativa a la pregunta inicial: ¿puede ser el artículo 10 N° 11 justificante a la vez que exculpante? En la Segunda Parte se hará un examen crítico de la doctrina de la culpabilidad, específicamente a las distintas teorías sobre la exculpación y cómo solucionan el problema del estado de necesidad exculpante. Con ello se espera obtener una fundamentación racional y coherente respecto del estado de necesidad. Finalmente, en la Tercera Parte se hará un listado con los requisitos para que opere el estado de necesidad, y las consecuencias que le asignan las distintas teorías.

CAPITULO I

ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE Y EXCULPANTE

1.1. La ley 20.480.

La ley 20.480, promulgada el 18 de Diciembre del 2010, tuvo su origen en dos mociones parlamentarias distintas, ambas orientadas a combatir la violencia contra la mujer en Chile⁷ incluyendo en el delito de parricidio a las convivientes, ex convivientes o parejas (pasando a llamarse en ese caso “femicidio”), limitando las posibilidades de exención o atenuación de pena a quienes hayan actuado bajo obcecación o arrebató (eximente contemplada en el N° 5 del artículo 10 del Código Penal)⁸, y ampliando las causales de exención en los casos en que se actuara con el fin de evitar la perpetuación de la situación de violencia. El caso relevante para la discusión fue el de la mujer que mata a su marido mientras éste se encuentra indefenso, en un contexto de violencia constante y reiterada⁹.

⁷ Más en detalle sobre violencia contra la mujer: VILLEGAS, Myrna. 2010. Homicidio de la Pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal. Revista de Derecho XXIII (2): 149-174; VARONA, Daniel y LARRAURI, Elena. 1995. Violencia Doméstica y legítima defensa. Barcelona, EUB; SANTIBÁÑEZ Torres, María Elena y VARGAS Pinto, Tatiana. 2011. Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480). Revista Chilena de Derecho 38(1): 193 – 207.

⁸ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2010. Historia de la Ley 20.480, pp. 4 – 7.

⁹ *Ibíd.* pp. 8 – 26.

Ambas mociones fueron fusionadas en el proyecto de ley catalogado bajo el Boletín N° 5308 – 18. Éste proponía sustituir, en el artículo 10 N° 9, la frase "o impulsado por un miedo insuperable" por la frase "bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente", desplazando la eximente de miedo insuperable al numeral 10, trasladando finalmente el antiguo numeral 10 ("El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo") al numeral 11¹⁰. El objetivo era aumentar las posibilidades de autodefensa de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, que hasta el momento se veían limitadas por la restrictiva redacción del artículo 10 N° 4, 5 y 6 (de legítima defensa), y por la limitación del estado de necesidad al daño a bienes patrimoniales.

Aunque durante la discusión parlamentaria se caracterizara dicha modificación como una incorporación de la fuerza moral a las eximentes del artículo 10¹¹ (bajo un entendimiento de la eximente de "fuerza irresistible" como una fuerza meramente física, concepción todavía bastante extendida en nuestra doctrina¹²), finalmente se le reconoció, gracias a la intervención del diputado Jorge Burgos Varela, como una eximente por

¹⁰ Ibíd, p. 25.

¹¹ Ibíd, p. 111.

¹² Por todos: NOVOA MONREAL, Eduardo. 2005. Curso de Derecho penal chileno, parte general. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 268ss.

estado de necesidad¹³, quedando como tal en el proyecto final presentado para su revisión al Senado por la Cámara de Diputados, en septiembre del 2008¹⁴.

La reforma fue discutida en la Comisión de Constitución del Senado, en que se alegó que la exigente de “fuerza moral” (como todavía se entendía la norma propuesta) ya estaba comprendida dentro del artículo 10 N° 9, al hablar de “fuerza irresistible”, y por lo tanto era redundante incluir otra similar¹⁵. Juan Domingo Acosta alegó, además, que la racionalidad tras las exigentes del artículo 10 N° 9 es reconocer estados de inexigibilidad de otra conducta por impulsos fuertes que anulen o afecten notablemente la voluntad de los sujetos, lo cual no se encontraría en la propuesta del proyecto de ley, que sólo expresa la exención por encontrarse “bajo amenaza”, sin corroborar si dicha amenaza afecta la voluntad del autor o no^{16 17}.

¹³ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. 2010, p. 189.

¹⁴ Aunque la redacción final variara ligeramente de la original: en vez de reemplazar al miedo insuperable en el N° 9 del artículo 10, y trasladarlo a otro numeral, la frase “bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente” se agregó al final de dicho numeral. *Ibíd*, pp. 313 – 316.

¹⁵ Intervenciones de la diputada Mariana Aylwin y de Juan Domingo Acosta, *Ibíd*, p. 341.

¹⁶ *Ibíd*, p. 340. Esta particular concepción del estado de necesidad y de la inexigibilidad como necesariamente afectando la voluntad del autor será analizada en detalle en el Capítulo 2.

¹⁷ Esto fue destacado precisamente como un beneficio del artículo propuesto por María Elena Santibáñez, quien señaló que debido a que no se exigía la comprobación del efecto sobre la voluntad del autor, sería más fácil establecer, en términos probatorios, la presencia de un estado de necesidad, que sólo exige la evitación de un mal. *Ibíd*, p. 82.

Bajo esos términos, el Senado eligió suprimir dicha reforma. Ante la resistencia de la Cámara de Diputados a los cambios realizados por el Senado, se procedió a formar una Comisión Mixta. En ésta, se solicitó la opinión de Enrique Cury sobre la problemática presentada por el estado de necesidad. Señaló que el estado de necesidad propuesto por la Cámara de Diputados es específicamente un estado de necesidad exculpante, y tiene su origen en la legislación alemana, en el artículo 35 de su Código Penal¹⁸, y que está presente también en otras legislaciones, como la italiana o la suiza. Propuso trasladarlo al número 11 del artículo 10, y darle una nueva redacción del precepto:

“11º El que obra para evitar un mal grave a su persona o derechos o los de otro u otros, 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.

¹⁸ “§ 35. Estado de necesidad disculpante.

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

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

3ª. 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 aquél de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.”¹⁹

Siendo exculpante, esta eximente eliminaría la culpabilidad del autor, mas no la ilicitud del hecho. Señalaron además, tanto Cury como Acosta, que este precepto actúa, al contrario de la legítima defensa, precisamente cuando no hay una agresión ilegítima, sino que cuando hay una amenaza tan grave que hace que el comportamiento conforme a derecho sea **inexigible**²⁰.

Ante ello, algunos parlamentarios²¹ advirtieron que, aunque estaban de acuerdo con el propósito general de eximir de pena a las mujeres que actuaran para prevenir la perpetuación de la violencia en su contra, el precepto indicado tendría efectos mucho más amplios que ello, eximiendo no sólo a mujeres que actúen contra sus maridos sino que a una amplia gama de conductas, afectando todo el sistema de atenuaciones y eximentes y modificando el panorama penal en maneras no estudiadas. A pesar de ello, el precepto tal como fue propuesto por Cury fue aprobado en la

¹⁹ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. 2010, p. 448 - 449.

²⁰ *Ibíd*, p. 452.

²¹ Entre ellos el diputado Giovanni Calderón y la senadora Soledad Alvear. *Ibíd*, pp. 450 – 453.

Comisión Mixta, con la adición sugerida por el senador Chadwick de que el mal causado no sea sustancialmente superior al mal evitado²², siendo promulgado el artículo en su redacción actual²³.

1.2. La discusión dogmática en Chile.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 20.480, la legislación chilena contemplaba una eximente por estado de necesidad justificante, en el artículo 10 N° 7 del Código Penal. Dicho artículo dice:

“Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal: [...]

7. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

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

2ª. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

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

A primera vista existe una superposición entre el ámbito de aplicación de ambos artículos, pues mientras el 10 N° 7 se restringe a los casos en que se prevengan daños mayores que el causado, y sólo si el bien

²² CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. 2010, p. 452.

²³ *Ibíd.*, p. 454.

dañado es la propiedad ajena, el 10 N° 11 se encuentra liberado de esas restricciones. Por ello parece ser nada más que una versión ampliada del estado de necesidad del 10 N° 7.

1.2.1. Enrique Cury.

En una conferencia el día 19 de octubre del 2011, en un Seminario de Actualización de Derecho Penal organizado por el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (CEDEP), Enrique Cury sostuvo que el nuevo artículo 10 N° 11 tendría una doble función: como justificante y a la vez como exculpante, dependiendo de la entidad y magnitud del mal causado en comparación con el mal prevenido. Esta postura la repitió por escrito en su texto (publicado en forma póstuma) “El estado de necesidad en el Código Penal chileno”²⁴. En dicha obra, Enrique Cury señala que la redacción del artículo no diferencia entre ambas formas del estado de necesidad, por lo cual contiene igualmente a ambas. El principio que sirve de fundamento a la justificación y de guía para la distinción entre ambas formas de estado de necesidad es el principio del interés preponderante,

²⁴ CURY, Enrique. 2013. El Estado de Necesidad en el Código Penal Chileno. En MAÑALICH, Juan Pablo (coord.). La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro 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. pp. 249 – 266.

centrado en el balance entre los *males* causados: cuando el mal causado es menor al evitado, se da una justificante; cuando éste es igual o mayor, es exculpante²⁵.

Respecto del antiguo estado de necesidad justificante, Cury reconoce que el estado de necesidad justificante del artículo 10 N° 11 es mucho más amplio que el del 10 N° 7²⁶: la norma del artículo 10 N° 11 regula todas las hipótesis anteriormente reguladas por el 10 N° 7, y además justifica otras nuevas. Por ello, siguiendo las normas interpretativas del Código Civil, puede decirse que el artículo 10 N° 7 es derogado tácitamente por la nueva norma²⁷.

1.2.2. Juan Domingo Acosta.

Esbozando una opinión similar a Cury se encuentra Juan Domingo Acosta, el otro jurista involucrado en la tramitación de la ley 20.480²⁸. Él remarca la diferencia entre los tipos de estado de necesidad, señalando que el justificante está fundado en el principio del interés preponderante

²⁵ Haciendo la observación que la ponderación es entre *males*, y no entre bienes jurídicos. CURY, E. 2013, pp. 252-253.

²⁶ El artículo 10 N° 7 sólo permite lesionar el patrimonio ajeno, mientras que el nuevo 10 N° 11 permite lesionar cualquier bien jurídico (incluyendo obviamente el patrimonio), con la salvedad de que el mal causado sea inferior al evitado. *Ibíd.*, p. 254.

²⁷ *Ibíd.*, p. 255.

²⁸ ACOSTA, Juan Domingo. 2013. Artículo 10 N°s 7 y 11 del Código Penal. Algunos criterios de delimitación. *En* VAN WEEZEL, Alex (ed.). *Humanizar y Renovar el Derecho Penal*. Santiago, Legal Publishing. pp. 691 – 713.

(entendido como el marco general de valoraciones jurídico-penales, que asigna valor a los distintos bienes jurídicos y que autoriza a sacrificar bienes de menor valor para salvar a aquellos más importantes²⁹), mientras que el exculpante tiene distintos fundamentos, dependiendo de la teoría que se defiende. Así, se puede basar el estado de necesidad exculpante en la inexigibilidad de la conducta conforme a derecho, en la combinación entre la disminución del injusto y la anormalidad motivacional, o en razones político-criminales. A pesar de esta diferencia de fundamentos, Acosta sostiene que “no cabe duda que el artículo 10 N° 11 Código Penal (sic) comprende tanto los casos en que el mal provocado es menor del que se trata de conjurar, como aquellos en que aquél es igual o incluso superior (pero no sustancialmente) a éste.”³⁰ Continúa diciendo que es ilógico restringir el estado de necesidad justificante al sacrificio de bienes patrimoniales, dejando fuera de su aplicación a todos los casos en que se sacrifique un bien no patrimonial, a los cuales se le aplicarían las reglas del estado de necesidad exculpante³¹.

²⁹ Ibíd, p. 694.

³⁰ Ibíd, p. 696.

³¹ Ibíd, p. 697.

Difiere de Cury respecto del destino del artículo 10 N° 7: dice que no está derogado, sino que encuentra aplicación junto al 10 N° 11, debido a la exigencia del segundo de que el mal que se evita sea “un mal grave”. Así, el 10 N° 7 regula un estado de necesidad justificante que permite sólo el sacrificio de bienes patrimoniales, frente a cualquier tipo de mal; mientras que el 10 N° 11 regula al mismo tiempo i) un estado de necesidad justificante, que permite sacrificar cualquier tipo de bien jurídico (mientras cause menor daño que el mal que se evita), aunque sólo frente a un mal grave; ii) un estado de necesidad exculpante, que permite sacrificar cualquier tipo de bien jurídico, y también sólo frente a un mal grave.

1.2.3. Tatiana Vargas.

Tatiana Vargas sostiene también que la eximente cubre ambos supuestos: justificante y exculpante³². Vargas hace un tratamiento unitario de los conflictos de necesidad: en ambos tipos de estado de necesidad hay una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, de los cuales sólo uno puede salvarse³³. La situación regulada es idéntica en ambos casos: hay un peligro frente al cual se actúa, en último recurso, contra otro bien jurídico.

³² Primero junto a María Elena Santibáñez, en SANTIBÁÑEZ, M., VARGAS, T. 2011, pp. 193 – 207, y luego más detalladamente en VARGAS, Tatiana. 2013. ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad Justificante y Exculpante. En VAN WEEZEL, Alex (ed.). Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Santiago, Legal Publishing. pp. 743 – 774, p. 761.

³³ VARGAS, T. 2013, p. 763.

Es a partir del valor de los bienes en juego que ambos se diferencian. Citando a Soler, distingue entre ambos por “la comparación de bienes sobre la que se estructura”, y dice que “de tal ponderación resulta una causa de justificación o una causa de exculpación”³⁴. Para Vargas, el principio de ponderación es la justificación última de esta institución, señalando que “La diferencia de valoraciones a favor del bien jurídico que se salva posibilita la afirmación del Derecho, sin que se cometa un injusto, al autorizar la preservación del bien de mayor entidad o con la protección jurídica más fuerte.”³⁵

La distinción, aunque se determina por la magnitud de los daños causados, no se deja definir únicamente por ésta. La justificación se basa en la falta de injusto (pues no se infringe la norma), mientras que la exculpación es un “injusto no punible”, porque el derecho disculpa la infracción³⁶. Elaborando más, dice que cuando el mal causado es menor que el evitado, hay un *beneficio social que elimina lo injusto*³⁷; mientras que en el segundo no existe dicho beneficio social. En este último sólo puede

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*, p. 764.

³⁶ *Ibíd.* Esta distinción, referida usualmente a *normas de comportamiento* y *normas de imputación*, es explicada con más detalle en la siguiente sección.

³⁷ *Ibíd.*, p. 773.

disculpase al agente por la protección que merece la situación y por la presión que las circunstancias ejercen sobre éste, lo cual no le deja alternativas viables de acción³⁸.

Aunque exista una diferencia sustancial en el fundamento material de ambos estados de necesidad, la redacción del artículo 10 N° 11 deja espacio a ambas y, según señala Vargas, no existen buenas razones para excluir de su interpretación a un estado de necesidad justificante. Refiriéndose a los argumentos usados por Héctor Hernández, sostiene que la declaración de propósitos del legislador no tiene un gran valor interpretativo³⁹, y el argumento de que la exigencia 4ª del artículo 10 N° 11 importa una referencia a la teoría de la inexigibilidad no es efectivo. Vargas señala que esta circunstancia se debe interpretar en función de los deberes del agente, que pueden obligarlo a soportar el peligro que de otra forma podría evitar realizando una acción en estado de necesidad, y esto es aplicable de la misma forma al estado de necesidad justificante y exculpante⁴⁰: en la doctrina chilena hay acuerdo en que la justificación también es excluida si

³⁸ *Ibíd*, pp. 773 – 774.

³⁹ *Ibíd*, p. 757.

⁴⁰ *Ibíd*, p. 759.

existe un deber especial de soportar el peligro⁴¹. Por lo tanto, el texto del artículo no haría posible interpretarlo excluyendo una causa de justificación.

Respecto de la exigencia en el 10 N° 11 de que el mal sea “grave” (exigencia no contenida en el 10 N° 7), que podría marcar una mayor distinción entre ambos, Vargas dice que no constituye una real diferencia, pues en el 10 N° 7 “la gravedad allí va implícita en la indispensable diferencia entre males: el mal que se evita ha de ser siempre superior al causado para tal fin”⁴². Además, critica la concepción según la cual el estado de necesidad exculpante estaría restringido únicamente a bienes personalísimos (la vida, la integridad física, la libertad, y excluyendo el patrimonio), basada en que la presión motivacional que fundamenta una eximente por estado de necesidad sólo puede producirse cuando hay peligro a ese tipo de bienes. Vargas señala que, debido a que nuestra ley exime de culpa también cuando se actúa para salvar a terceros, esa interpretación debe ser descartada⁴³.

⁴¹ Por todos: NOVOA, E. 2005, p. 365.

⁴² VARGAS, T., 2011, p. 751.

⁴³ *Ibíd.*, pp. 769 – 771.

1.2.4. Jaime Couso y Héctor Hernández.

Es ilustrativo de la discusión el desacuerdo entre los autores del libro “Código Penal Comentado”⁴⁴, Jaime Couso y Héctor Hernández. Jaime Couso, por una parte, reconoce la superposición entre ambas normas, y señala que “el tratamiento de los contornos del estado de necesidad del numeral 7° en buena medida pierde importancia práctica y exige un tratamiento unitario con los del numeral 11°.”⁴⁵ Couso no elabora sobre la distinción entre justificantes y exculpantes.

De opinión contraria es Héctor Hernández, quien sostiene que el artículo 10 N° 11 contiene solamente un estado de necesidad exculpante. Sostiene que la intención legislativa original debe ser tomada en cuenta como herramienta interpretativa⁴⁶, y que la circunstancia 4ª (“Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí (...)”) debe leerse, por el uso de la frase “no pueda ser razonablemente exigido”, como una referencia explícita al requisito de la exigibilidad de otra conducta. La exigibilidad es un elemento definitorio de la culpabilidad, y se define como la objetivización de

⁴⁴ Supra, nota 4.

⁴⁵ COUSO, J. 2011b, p. 235.

⁴⁶ HERNÁNDEZ, H. 2011, pp. 270 – 271.

motivaciones anormales, por lo que el uso de la frase razonablemente exigido debe referirse al elemento de la culpabilidad⁴⁷.

1.2.5. Juan Pablo Mañalich.

Al igual que Hernández, Juan Pablo Mañalich sostiene que el artículo 10 N° 11 establece solamente una causa de exculpación⁴⁸. Ello porque el estado de necesidad justificante, al permitir un hecho que *prima facie* estaría prohibido, suspende la protección otorgada por el ordenamiento penal a los intereses jurídicos de unos, en favor de aquellos que se encuentren en necesidad. La suspensión de esta protección es socialmente aceptable en la medida que obedezca a un estándar razonable de proporcionalidad, que no sea excesivamente oneroso. Los ciudadanos pueden tolerar que se pongan sus bienes a disposición de quien se encuentre en un estado de necesidad si es que se protege un interés superior; sería difícil pensar que –usando un lenguaje contractualista– los ciudadanos acordarían una norma según la cual deban sacrificar sus intereses jurídicos en pos de otros de valor igual o incluso inferior.

⁴⁷ *Ibíd*, p. 275.

⁴⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. 2013a. El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 no. 11 del Código Penal chileno. *En* VAN WEEZEL, Alex (Ed.). Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago de Chile, Legal Publishing. pp: 715-742.

Por lo mismo, si se interpretara el artículo 10 N° 11 como justificante, determinaría que los terceros inocentes quedarán desprotegidos frente a daños a cualquier bien jurídico, incluso si es más valioso que el bien jurídico protegido por la acción de salvamento, lo cual sería mucho más severo que el 10 N° 7. Hay una forma de estado de necesidad justificante que utiliza dicho estándar de proporcionalidad sin considerarse que la afectación a terceros sea excesiva: el estado de necesidad defensivo. Sin embargo, el artículo no contiene el requisito más importante de dicha eximente: que el mal que amenaza provenga de la esfera de organización de aquél que es dañado por la acción de salvamento, por lo que esa interpretación debe descartarse⁴⁹. En un estado de necesidad exculpante, por otra parte, el estándar de proporcionalidad no impone deberes de tolerancia, sino que señala los límites de aplicabilidad de la eximente. Por lo tanto, la única forma de interpretar el artículo 10 N° 11 sin que se desdibujen los contornos de lo permitido por la ley penal sería como un estado de necesidad exculpante⁵⁰.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 718 - 719.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 732 – 734.

Una posible clave para la solución de la controversia está en los principios de la justificación que sustentan la eximente de estado de necesidad. Para Cury, Acosta y Vargas, el artículo 10 N° 11 es (explícitamente) una expresión del principio de interés preponderante: hay justificación si el mal causado es menor al prevenido, y hay exculpación si el mal causado es igual o superior al prevenido: el estado de necesidad pasa a ser una función de la valoración que el ordenamiento hace de los bienes jurídicos. En esta postura además, pierde sentido el tratamiento autónomo del artículo 10 N° 7, el cual se considera tácitamente derogado. Mañalich responde que “la razón por la cual una persona que no tiene conexión alguna con el origen de la respectiva situación de peligro pudiera quedar jurídicamente obligada a tolerar el sacrificio de sus propios bienes como costo asociado a la salvaguarda de bienes jurídicos ajenos sólo puede ser identificada con un principio de solidaridad general⁵¹”.

1.2.6. Javier Wilenmann

En un artículo reciente referido precisamente a este problema, Javier Wilenmann expresa que la interpretación correcta es que el artículo 10 N°

⁵¹ *Ibíd.*, p. 720.

11 es solamente exculpante, pero advirtiendo que la discusión actual no ha considerado el problema en su profundidad teórica⁵². Sigue a Mañalich al criticar la supuesta derogación tácita del artículo 10 N° 7, diciendo que desconoce la obligación de fidelidad al ordenamiento, según la cual deben interpretarse sus preceptos de manera que tengan aplicación útil⁵³.

Wilenmann argumenta que la estructura de valoración introducida por el artículo 10 N° 11 no puede ser justificada por un principio de solidaridad o de utilidad, pues “simplemente no puede ser que se reconozca una autorización general de lesión de derechos de otros para salvar bienes de menor entidad de uno; ello sería una claudicación total del derecho”⁵⁴. Se podría justificar eventualmente bajo un estado de necesidad defensivo, pero su característica esencial (que el peligro tenga origen en la esfera de competencia del afectado por la acción de salvamento) se encuentra ausente del artículo. Tampoco parece ser, a primera vista, un estado de necesidad exculpante, pues le faltaría “la fijación de criterios absolutos de

⁵² WILENMANN, Javier. 2014. “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”. *Revista de Derecho XXVII* (1): 213 – 244, pp. 213 – 244.

⁵³ MAÑALICH, J. 2013a, p. 219.

⁵⁴ WILENMANN, J. 2014, p. 218.

inexigibilidad de cumplimiento de reglas”⁵⁵, y más aún, la estructura de sus condiciones de aplicación replica la del estado de necesidad agresivo del 10 N° 7. Wilenmann no profundiza en la dilucidación de ese artículo y simplemente acompaña a Mañalich en su interpretación del artículo 10 N° 11⁵⁶, diciendo que “El estado de necesidad exculpante no es una causa de exclusión de la punibilidad basada en consideraciones interpersonales de ponderación de intereses, sino una causa de exclusión de la punibilidad puramente personal”. Se enfoca, en cambio, la fundamentación teórica del estado de necesidad, y de los principios morales que en él se enfrentan. Afirma que aunque una gran mayoría trata al principio del interés preponderante como fundamento de la justificación, no existe un tratamiento bien desarrollado del principio, y se desconocen mayormente los avances del derecho comparado. En países como Alemania y España se ha restado importancia al principio del interés preponderante, y en cambio se ha centrado la discusión en el principio de solidaridad general⁵⁷. Wilenmann tematiza los fundamentos filosóficos utilitaristas del principio del interés preponderante, mostrando cómo sus interpretaciones prácticas

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 220, nota 13.

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 226 - 227.

van en contra de su propia declaración de principios y contra la sistemática penal⁵⁸. Luego elabora en base a los distintos conceptos de solidaridad, proponiendo una teorización abstracta, afirmando que el estado de necesidad protege posiciones formalizadas de autonomía, las cuales están orientadas a la obtención del bienestar de los individuos. Lo que entra en conflicto en el estado de necesidad no son sólo intereses (en un sentido material, “mi casa contra su auto”), sino que la propia configuración abstracta de la autonomía por medio del derecho”⁵⁹.

Mañalich y Wilenmann desarrollan sus tesis a partir de la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación: las primeras son aquellas que determinan los deberes de los individuos, en términos de acciones que son prohibidas, permitidas, u obligadas; las segundas son aquellas que establecen los requisitos para la atribución de responsabilidad penal, y las formas en cómo se realizará dicha atribución⁶⁰. Así, una justificación se deja entender como parte de una norma de comportamiento, que determina los cursos de acción permisibles para los ciudadanos a través de la interacción entre prohibiciones y permisiones. Una exculpación no

⁵⁸ *Ibíd*, pp. 231 – 233.

⁵⁹ *Ibíd*, p. 240.

⁶⁰ MAÑALICH, J., 2013a, pp. 715-716.

pertenece al sistema de normas de comportamiento, y por lo tanto el que exista una causa de exculpación no dice nada respecto del carácter prohibido o permitido de la acción en sí, sino que se refiere al carácter que debe tener la persona para ser juzgado⁶¹.

En lo que sigue se profundizará sobre esta distinción, enfocándose en las consecuencias que tiene para el tratamiento del estado de necesidad. Más adelante, se analizarán los principios materiales propuestos como fundamento del estado de necesidad justificante, para terminar evaluando el estado de necesidad en su configuración concreta.

1.3. Justificación y exculpación.

1.3.1. Normas de comportamiento y reglas de imputación.

Aunque hoy en día hay pleno acuerdo en la doctrina⁶² en que los estados de necesidad pueden tener efecto justificante o exculpante dependiendo de la situación (según las llamadas teorías de la diferenciación), hubo un tiempo, particularmente en la primera mitad del siglo XX, cuando dominaban las llamadas teorías de la unidad, que se

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Salvo por notorias excepciones, como Enrique Gimbernat o José Cerezo Mir. Para mayor detalle, ver Capítulo 2.

dividían entre las que postulaban que los estados de necesidad eran únicamente justificantes, o únicamente exculpantes. En Alemania predominó hasta 1975 la teoría según la cual el artículo 54 del antiguo Código Penal alemán regulaba únicamente un estado de necesidad exculpante; los casos en que estaba justificado intervenir en ámbitos u objetos ajenos estaban regulados en el Código Civil, BGB, en sus artículos 228 y 904. En el mencionado año se reformó el Código Penal alemán, el cual plasmó la discusión doctrinaria llevada a cabo hasta entonces, y reguló los estados de necesidad justificante y exculpante en dos artículos separados: el 34 y el 35, respectivamente⁶³. A pesar del triunfo de las teorías de la diferenciación, no hay completo consenso en qué implican exactamente las categorías de justificación y exculpación.

La dicotomía justificación/exculpación es muy antigua⁶⁴: su formulación básica fue expresada con elocuencia (y en forma

⁶³ Con amplias referencias: ROXIN, Claus. 1997. Derecho penal. Parte general. Traducción de la 2a. edición alemana y notas por LUZÓN, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA, Miguel y DE VICENTE, Javier. Madrid, Civitas, p. 671; JAKOBS, Günther. 1995. Derecho Penal: Parte General. Madrid, Marcial Pons, pp. 493 – 494; HIRSCH, Hans Joachim. 1995. La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana. En ESER, Albin, GIMBERNAT, Enrique y PERRON, Walter (Eds.). Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal). Madrid, Ediciones Ciudad Universitaria. pp. 33 – 60, pp. 45 – 47.

⁶⁴ Hruschka sitúa su origen en 1625, en los trabajos de Hugo Grotius, en particular *De Jure Belli ac Pacis*, en el cual, al describir el estado de necesidad, dice que éste exculpa, mas no justifica. HRUSCHKA, Joachim. 2006. Causas de Justificación y Causas de Exculpación: La Tabla de Carnéades en Gentz y en Kant. ADPCP LVII: 6 – 17, p. 8.

sorprendentemente moderna) por Friedrich Gentz, uno de los discípulos de Kant, en 1793. Él decía que hay “justificación” cuando un hecho que en un primer momento parece antijurídico, se revela como concordante con el Derecho después de un ulterior análisis. Por el contrario, la “exculpación” tiene como requisito la contrariedad al Derecho. Una vez que se comprueba que un hecho es antijurídico, se puede perdonar a su autor; esto no significa que se considere que el hecho esté “permitido”, o acorde al sistema del Derecho, sino que simplemente se disculpa a su autor el haberlo cometido⁶⁵. Dicha dicotomía se puede explicar gracias a la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación, originado en la teoría de las normas de Karl Binding.

Binding observó que la estructura de las leyes penales es la de una norma de sanción, en el sentido en que enuncian las condiciones que deben cumplirse para aplicar un castigo; su forma es la de una norma condicional, compuesta por un supuesto de hecho y por una consecuencia asociada: “La provocación a duelo será castigada con reclusión menor en su grado mínimo”. Sin embargo, para que tenga sentido decir que la pena es una reacción a un comportamiento jurídicamente reprobado, tiene que haber un

⁶⁵ *Ibíd*, p. 6.

estándar que defina cuál sería el comportamiento correcto. La norma de sanción, tal como se encuentra enunciada en las leyes, no puede ser ese estándar, pues ésta sólo determina las condiciones para la imposición del castigo; en el ejemplo anterior, quien provoque a otro a duelo no está contradiciendo la norma, sino que está cumpliendo el supuesto de hecho que permite su aplicación. Por ello, los criterios de comportamiento correcto deben estar contenido en otras normas, de comportamiento, formuladas a partir de la inversión de las normas de sanción: el enunciado “la provocación a duelo será castigada” forma la base de la norma “está prohibido provocar un duelo”⁶⁶. La relación entre ambas se corresponde a la de la relación entre regla primaria y secundaria, la norma de comportamiento tiene prioridad lógica, pues fija las obligaciones cuya contravención autoriza a aplicar el castigo previsto en la norma de sanción. Así, la norma de comportamiento puede tener existencia autónoma (pues es pensable una norma que determine un deber, aunque sin sanciones), pero la norma de sanción simplemente no puede entenderse sin referencia a la norma de comportamiento.

⁶⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. 2010. Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia* (12), pp. 169 – 190. pp. 171 – 172; MAÑALICH, Juan Pablo. 2011. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)* XXIV (1): 87 – 115. 90 – 91.

Entonces, las normas de comportamiento son el conjunto de mandatos, prohibiciones, y permisiones emitidas por el legislador que configuran el entramado del “deber ser” de los ciudadanos. En ellas pueden identificarse dos funciones: la función axiológica o prospectiva, y la función evaluativa o retrospectiva⁶⁷.

En la función prospectiva, las normas de comportamiento se dirigen a los ciudadanos, indicándoles las acciones que deben hacer o dejar de hacer (por ejemplo, “está prohibido matar” o “existe la obligación de ayudar al prójimo si se encuentra en grave peligro vital, si es que no involucra un peligro para uno”). Así, las normas de comportamiento tienen el cometido de conformar el entramado la vida.

En su función retrospectiva las normas de comportamiento son un baremo de medición, proporcionando a los jueces estándares de evaluación, para así determinar cuándo se han infringido las normas (ya no “está

⁶⁷ En particular: HRUSCHKA, Joachim. 2005a. Justifications and Excuses: A Systemic Approach. *Ohio State Journal of Criminal Law* 2(2): 407 – 414; HRUSCHKA, J. 2006, y HRUSCHKA, Joachim. 2005b. Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación. Pamplona, Editorial Thomson-Aranzadi. Utiliza también en esta distinción Urs Kindhäuser, por ejemplo en KINDHÄUSER, Urs. 2009c. La lógica de la construcción del delito. *RAE, Revista de Análisis especializado de jurisprudencia* 14: 499 – 509; y MAÑALICH, Juan Pablo. 2013b. La exculpación como categoría del razonamiento práctico. *InDret* (1). Centrales en esta discusión en el ámbito norteamericano son: FLETCHER, George. 2000. *Rethinking Criminal Law*. New York, Oxford University Press, p. 759ss; y ROBINSON, Paul H. 1997. *Structure and Function in Criminal Law*. Oxford, Clarendon Press, p. 70ss., aunque una versión más simple se puede encontrar en un texto más temprano: ROBINSON, Paul H. 1990. *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*. *University of Chicago Law Review* 57: 729-771.

prohibido matar”, sino “quien ha matado, ha actuado antijurídicamente”)⁶⁸. A pesar de que admitan ser formuladas de distinta manera, ambas expresiones son funciones de la misma norma y configuran una unidad necesaria para la estructura del derecho penal. Si un sistema de normas sólo tuviera una función prospectiva sería un absurdo, pues los individuos sabrían qué deberían hacer o no hacer, pero sería imposible decirles, después de su acción, si es que han actuado jurídica o antijurídicamente⁶⁹.

Es la interacción de los mandatos, prohibiciones y permisiones lo que determina el ámbito de aplicabilidad de las normas de comportamiento: mientras que los mandatos y prohibiciones determinan los deberes generales, aplicables a las situaciones más comunes de la vida cotidiana, las permisiones dan autorizaciones en las situaciones complejas para infringir las reglas generales⁷⁰. Un comportamiento que infringe una norma prohibitiva es *prima facie* ilegítimo, pero si hay una norma permisiva (de justificación) aplicable al caso, se superpone a la prohibición⁷¹: la norma de

⁶⁸ HRUSCHKA, J. 2005b, pp. 27-28. Ver también BALDÓ, Francisco. 1994. Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda. Barcelona, Editorial Bosch, pp. 33 – 34, y KINDHÄUSER, U. 2009c, pp. 499 – 501.

⁶⁹ HRUSCHKA, J. 2005b, p. 29.

⁷⁰ BALDÓ, F. 1994, pp. 34-35.

⁷¹ HRUSCHKA, J. 2005a, p. 410.

comportamiento en su total extensión, compuesta por la interacción entre prohibición y permisión, no es infringida⁷².

Sin embargo, la descripción de un comportamiento como contrario a una norma no depende únicamente de su adecuación a una determinada descripción deóntica (prohibido o permitido), pues lo distintivo de la conducta humana es que es expresiva de significados, que provienen de la voluntad libre de los sujetos y de las intenciones que ponen en sus actos, y el derecho penal tiene como objeto precisamente la valoración del significado que puede encontrarse en la conducta humana⁷³. Una conducta sólo puede decirse contraria al derecho si es que el sujeto no ha seguido la norma a pesar de que pudo hacerlo. Las condiciones de las que depende el

⁷² Por ejemplo, Hans Jescheck dice en su Tratado de Derecho Penal que “En la base de las conminaciones penales se encuentran normas de comportamiento que el legislador considera tan esenciales en interés de la paz jurídica de la comunidad que las ha dotado de la sanción más grave que dispone” (énfasis nuestro), pero que dichas normas de prohibición no son las únicas normas del derecho penal, pues conviven con proposiciones permisivas. Estas proposiciones permisivas son normas jurídicas autónomas con un contenido propio: protegen al Derecho contra la agresión injusta (como en la legítima defensa), conminan al cumplimiento de las sentencias, promueven el poder sobre el propio cuerpo (como en las justificantes por consentimiento), o la libertad de expresión. Cuando un comportamiento es justificado por una causa de justificación, se da un concurso entre la norma prohibitiva y la norma permisiva, en el que prevalece la permisión por configurar una situación especial; y por el principio de especialidad en la interpretación de las normas debe primar ésta por sobre la situación general. JESCHECK, Hans Heinrich. 1993. Tratado de Derecho Penal: Parte General. 4ª Edición. traducida por MANZANARES, José Luis. Granada, Conares, pp. 289-291.

⁷³ Mañalich afirma, citando a Kindhäuser, que una norma sólo es seguida “cuando la intención de ejecutar una determinada acción es formada y realizada por mor del seguimiento de la norma”. MAÑALICH, J. 2010, p. 179.

seguimiento intencional de una norma se encuentran en las reglas de imputación⁷⁴.

Las reglas de imputación, al igual que las normas de comportamiento en su función retrospectiva (de baremo de medición), se dirigen a quien juzga el hecho, y comprenden los criterios usados por el juez para determinar si una conducta se puede adscribir a un sujeto, y si se le puede reprochar el haber cometido ese acto. La imputación funciona en dos niveles: en un primer nivel es la adscripción de un hecho a un agente, esto es, afirmar que ese agente es la causa del hecho en cuestión. Lo anterior significa que la acción no es un mero acontecimiento natural, sino que se ha originado por la acción libre de una persona. El que su acción sea libre quiere decir que ha estado en situación de ejecutar el hecho omitido, o de omitir el hecho cometido⁷⁵. Esta imputación precede la aplicación de las normas de comportamiento, pues sólo un comportamiento libre está sometido al derecho, y como tal, puede evaluado de acuerdo al estándar de juridicidad⁷⁶. La imputación en este nivel implica el reconocimiento de capacidad de acción en el autor, y se excluye: 1) cuando evitar el hecho era

⁷⁴ HRUSCHKA, J. 2005b, p. 11.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 30.

⁷⁶ Hruschka señala que, por ende, la aplicación de las normas de comportamiento, en su función de baremo de medición, implica la imputación en el primer nivel. *Ibíd.*, p. 31.

físicamente imposible; 2) cuando el autor se encontraba bajo la incidencia de una necesidad física; o 3) cuando el autor no tuvo conocimiento de la situación relevante, o de factores que influyeran en su capacidad de evitación⁷⁷. En consecuencia, la capacidad de acción consiste en el poder físico de evitar (o ejecutar) el hecho, sumado al conocimiento de las circunstancias fácticas. Esto es lo que generalmente se llama dolo.

La imputación de segundo nivel consiste en un juicio de demérito sobre la voluntad del autor, reprochándole que haya elegido contrariar al ordenamiento. Este nivel de imputación “significa el juicio por el cual se considera que el autor obró con conocimiento de la antijuridicidad de su hecho, por una parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber.”⁷⁸ Mientras la imputación de primer nivel se refiere a la capacidad de acción, la de segundo nivel exige capacidad de motivación, es decir, la facultad de formarse la intención de respetar el derecho, y es excluida por el desconocimiento de las valoraciones normativas, o por situaciones extremas

⁷⁷Ibíd, p. 33; también KINDHÄUSER, U. 2009c, p. 505

⁷⁸HRUSCHKA, J. 2005b, p. 34. También Kindhäuser, U. 2009c, p. 506, Con más detalle sobre estructura de la intencionalidad, las intenciones de segundo orden y su relevancia para la categoría de la culpabilidad: MAÑALICH, J. 2013b.

que eximen del deber de conformidad al derecho (tal como el estado de necesidad exculpante, en que se puede encontrar un contramotivo de peso que se sobrepone al motivo que provee la norma)⁷⁹. A este nivel de la imputación se le conoce como culpabilidad.⁸⁰

Las causas de justificación se comprenden objetivamente, como parte del sistema de prescripciones y prohibiciones que conforma las normas del Derecho. Toda causa de justificación es expresión de una norma permisiva. Por el contrario, las causas de exculpación se comprenden subjetivamente, en relación a la situación del autor, y por lo tanto no pueden otorgar soluciones válidas para la generalidad de los casos⁸¹. Kant resuelve el caso de la tabla de Carneades exculpando al náufrago que mata al otro para sobrevivir, diciendo que, dado que no puede existir una autorización a quitarle la vida a alguien que no ha ejercido violencia alguna contra otra

⁷⁹ En base a la distinción entre los dos niveles de imputación una parte de la doctrina habla de “causas de inculpabilidad” y de “causas de exculpación”. MAÑALICH, J. 2013b, pp. 11 – 15. Esta distinción no es aceptada por toda la doctrina: CEREZO MIR, José. 1995. La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española. En ESER, Albin, GIMBERNAT, Enrique y PERRON, Walter (Eds.). Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal). Madrid, Ediciones Ciudad Universitaria. pp. 17 – 32; pp. 20 – 21. Se tratará el tema con mayor profundidad en el Capítulo 2 de este trabajo.

⁸⁰ Hruschka resume la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación diciendo que los dos tipos de normas se corresponden al nivel del “deber” y al nivel del “poder”. Las normas de comportamiento son aquellas que definen el “deber”, y su expresión natural es “¡No debes matar!”. El deber presupone el poder, pues nadie está obligado a lo imposible; las reglas de imputación definen cuando hay “poder”, es decir, cuándo una persona es capaz de realizar una acción, y de ser hecho responsable por ella. HRUSCHKA, J. 2005a, p. 408.

⁸¹ HRUSCHKA, J. 2006, p. 15.

persona, el hecho no puede ser considerado objetivamente impune, tal como lo que prescribiría una ley, sino que debe ser considerado subjetivamente impune: tal como lo haría la sentencia de un tribunal. El estado de necesidad no puede convertir en justo algo que va en contra la ley, pero sí puede disculpar un hecho injusto⁸².

1.3.2. Consecuencias de la distinción.

La sistematización anterior trae consigo una variedad de consecuencias prácticas, que tienen un gran impacto en el juzgamiento de casos particulares⁸³. En Chile se acepta que, dado que la antijuridicidad es un elemento objetivo del delito⁸⁴, un hecho justificado tiene efectos universales (no se puede calificar un hecho como antijurídico para algunos participantes y no para otros, salvo que sus circunstancias sean diferentes) y, por ser conforme a derecho, no puede generar responsabilidad penal (la pregunta sobre si un hecho justificado genera responsabilidad civil o administrativa no ha sido tratada en profundidad en la doctrina chilena, parte de la doctrina sostiene que la justificación penal no elimina la

⁸² Kant, *La metafísica de las costumbres*, citado por Hruschka, *Ibíd*, p. 14.

⁸³ VARONA, Daniel. 1998. *La Eximente de Miedo Insuperable* (Art. 20.6 CP). Tesis Doctoral. Universidad de Girona, p. 98; JESCHECK, H. 1993., p. 299; ROXIN, C. 1997, pp. 602 – 604, y p. 897; CEREZO MIR, J. 1995, p. 29; ROBINSON, P. 1997, pp. 114 – 115.

⁸⁴ ACOSTA, J. 2013, pp. 710 – 711; NOVOA, E. 2005, pp. 312 – 313; VARGAS, T. 2013, p. 756.

posibilidad de accionar civilmente para la reparación de los daños causados, incluso en estado de necesidad⁸⁵). Por el contrario, el hecho exculpado sigue siendo injusto y aunque no genera responsabilidad penal para su autor, la desaprobación de la que es objeto puede alcanzar otras áreas del derecho⁸⁶. Esto se ve en las siguientes instituciones:

a) Participación: hay acuerdo en la doctrina en que la participación en un hecho justificado es siempre impune. No es así en un hecho exculpado: la eximente se otorga al autor por sus circunstancias personales, por lo que si el partícipe no comparte también esas circunstancias (error de prohibición, miedo insuperable, etc) será punible su participación⁸⁷.

b) Defensa: existe cierto grado de acuerdo en la doctrina en que no se pueden invocar causas de justificación en contra de hechos justificados, el afectado no tiene derecho a legítima defensa, y por tanto debe soportar la actuación del legitimado⁸⁸. Sin embargo, existe una discusión en la

⁸⁵ NOVOA, E. 2005, p. 406; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. 2004. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 213; con matices, ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. Derecho Penal. Parte General. 3era Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 269.

⁸⁶ NOVOA, E. 2005, p. 317. De todas formas puede existir, por razones de equidad, deber de resarcir los prejuicios causados por la acción de salvamento. *Ibíd*, pp. 363 – 364; COUSO, J. 2011b, p. 238.

⁸⁷ Por todos, ROXIN, C. 1997, pp. 925 – 926.

⁸⁸ En la doctrina chilena: NOVOA, E. 2005, p. 363, POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. 2004, p. 213.

actualidad sobre la extensión de este deber de tolerancia y sobre sus fundamentos.

Un sector de la doctrina afirma que dado que un acto justificado es primero un acto típico, existe una conducta prima facie lesiva o peligrosa para los intereses de otra persona; el que esta conducta se declare permitida, a pesar de haber causado un daño o peligro, implica necesariamente que el afectado por ésta tiene un deber de tolerar ese daño, deber que es impuesto por la norma permisiva: a cada facultad de salvaguarda le corresponde el deber, del resto de los ciudadanos, de soportarlo⁸⁹. De no ser así, el dueño de la morada violada por un transeúnte que necesitaba urgentemente refugiarse de un atacante (quedando así justificado por el artículo 145 del Código Penal) tendría la facultad de expulsarlo, incluso violentamente, sin sufrir consecuencias, o el atacante en una riña tendría a su vez el derecho de defenderse de quien se defiende de él. Los deberes de tolerancia serían

⁸⁹ Esto puede ser visto como un derecho de autotutela, cedido por el Estado al ciudadano, para la solución de conflictos en los que se requiere acción urgente, con la consecuencia de que el Estado renuncia a su monopolio de la violencia en esos casos: PERRON, Walter. 1995. Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes). *En* ESER, Albin, GIMBERNAT, Enrique y PERRON, Walter (Eds.). *Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*. Madrid, Ediciones Ciudad Universitaria. pp. 73 – 106, p. 75.

consustanciales a las causas de justificación⁹⁰. Sin embargo, una acción inicialmente justificada que se sale de los límites fijados por el derecho para la justificación deja de estar eximida, haciéndose responsable el autor del delito correspondiente; con la consecuencia de que la víctima deja de estar obligada a tolerar la acción, y puede oponer legítimamente su resistencia. Según este sector de la doctrina, tampoco es posible interrumpir un curso salvador en un estado de necesidad (si, por ejemplo, alguien detiene a quien está haciendo uso de un auto ajeno para llevar a alguien a un hospital, será castigado por las lesiones que sufra la persona a quien se intentaba salvar)⁹¹. Jesús-María Silva Sánchez, por ejemplo, afirma por tanto que existe un “derecho de necesidad”, y que “el curso salvador iniciado en virtud de la conducta del sujeto necesitado o de su auxiliador –el derecho de necesidad ejercido- supone el establecimiento de una relación de interferencia de esferas de organización”, interferencia legalmente protegida, al punto que

⁹⁰ BALDÓ, F. 1994, p. 37; con más detalle en pp. 178ss; JAKOBS, G. 1995, pp. 419 – 422; BACIGALUPO, Enrique. 1998. Principios de Derecho Penal. Parte General. 5ta Edición. Madrid: Ediciones Akal, p. 151; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 1999. Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad” que no implican deberes de tolerancia. En MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego – Manuel. Cuestiones actuales de la Teoría del Delito. Madrid, McGraw Hill. pp. 155 - 184, p. 157.

⁹¹ ROXIN, C. 1997, p. 602.

una interrupción del curso salvador podría ser punible por mor de sí misma, sin requerir de un tipo penal específico⁹².

Es de opinión contraria Juan Pablo Mañalich, quien dice que la permisión otorgada por la norma de justificación solamente suprime la calidad de “prohibida” de una acción, sin añadir derechos de necesidad o deberes de tolerancia. La interrupción de cursos salvadores puede ser castigada, pero sólo si infringen normas penales prohibitivas. En el caso puesto como ejemplo, el que detiene al buen samaritano que intentaba llevar a un herido al hospital podrá ser castigado sólo si su acción puede ser subsumida dentro de las prohibiciones típicas (si causare lesiones o cometiese algún otro delito)⁹³. Apoyan esta opinión Bouzat, Cantaro, Navarro; y Ferrante, quienes señalan que la punición de la interrupción de cursos salvadores en base a un supuesto “derecho de necesidad” equivaldría a la creación suprallegal de un tipo penal, basado en una norma no jurídica,

⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2007. Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia. *Revista Discusiones* (7): 25 – 56, p. 53. Concuerda con él, aunque con matices: FERRANTE, Marcelo. 2007. Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos. *Revista Discusiones* (7): 57 – 77. Una opinión similar, pero más moderada, adopta BALDÓ, F. 1994, p. 189.

⁹³ MAÑALICH, Juan Pablo. 2013c. Normas permisivas y deberes de tolerancia. *En* PAWLIK, M., KINDHÄUSER, U., WILENMANN, J. y MAÑALICH, J. *La antijuridicidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. Editorial B de F. pp 177-276.

sino que meramente moral, lo que se opone a la estructura del derecho en sí⁹⁴.

c) Medidas de seguridad: en legislaciones como la alemana, es posible establecer medidas de seguridad (por ejemplo, la internación en centros especializados para tratamiento de enfermedades mentales) para hechos injustos pero exculpados. El hecho justificado es conforme a derecho y por tanto nunca será punible.

d) Error: un problema discutido en la teoría del delito es la naturaleza del error respecto de los presupuestos objetivos de la justificación, por ejemplo en las llamadas causas de justificación putativas (cuando existe la creencia errónea de que la acción realizada está justificada), pues se encuentra en un terreno intermedio entre los errores de tipo y los de prohibición. La teoría dominante, la llamada teoría limitada (o restringida) de la culpabilidad⁹⁵ postula para este caso un tratamiento

⁹⁴ BOUZAT, Andrés; CANTARO, Alejandro; NAVARRO, Pablo. 2007. El fundamento jurídico de un derecho de necesidad. *Revista Discusiones* (7): 117 – 154; FERRANTE, M. 2007.

⁹⁵ Se llama así porque tiene como raíz la *teoría de la culpabilidad* en el error, que postula que todo error de prohibición excluye la culpabilidad; esta teoría se restringe, o limita, en el caso de los presupuestos objetivos de la justificación, en los que no se aplica. ROXIN, C. 1997., p. 581. Para más información sobre las distintas teorías del error: MUÑOZ CONDE, Francisco. 2009. Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa. *Revista de Estudios de la Justicia* (11): 13 – 34; MAÑALICH, Juan Pablo. 2003. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. *Revista de Estudios de la Justicia* (3): 147 – 163. En la discusión anglosajona: ROBINSON, P. 1997, pp. 115ss; FLETCHER, G. 2000, pp. 730 – 758.

similar al error de tipo: cuando es invencible, excluye el dolo de tipo, y cuando es vencible, se castiga como un hecho imprudente. Una manifestación de esta problemática está en el tratamiento del error en el estado de necesidad exculpante, en la cual dos teorías se disputan la dominancia: la teoría objetiva, y la teoría subjetiva. La teoría subjetiva del estado de necesidad postula que el fundamento del estado de necesidad exculpante está en la presión motivacional que sufre el agente. En caso de error, es indiferente si esa presión surge de un hecho real o no, sólo es importante que exista y que haya afectado la libertad del sujeto. La teoría objetiva, por el contrario, dice que el estado de necesidad exculpante se funda, por partes iguales, en una disminución del injusto, y en una disminución de la capacidad de culpabilidad por la situación concreta de necesidad. Sólo si los presupuestos objetivos del estado necesidad concurren en la realidad, podrá darse una exculpación completa, el error sobre estos presupuestos puede fundar una absolución sólo si es invencible, y meramente una atenuación si es vencible⁹⁶. La solución de este problema depende del concepto de culpabilidad que se use, lo cual será revisado con más detalle en la Parte II de este trabajo.

⁹⁶ Esta discusión todavía no ha sido zanjada en los países donde se ha dado (como Alemania y España). Para más información: HIRSCH, H. 1995, pp. 55 – 57, con amplia bibliografía.

El error sobre los presupuestos normativos del estado de necesidad también varía: la suposición errónea de una justificación que no existe (suponer que la ley justifica el actuar para repeler ataques sobre el honor, por ejemplo), equivale a un desconocimiento del injusto, y por tanto a un error de subsunción o error de prohibición indirecto⁹⁷. La suposición errónea de una exculpación por error en las circunstancias subjetivas (por ejemplo, suponer que se está bajo una causa de inimputabilidad en circunstancias en que no es así, o suponer que se está bajo una causa de inexigibilidad) o por error sobre la legislación (suponer una causa de exculpación que no existe, como un estado de necesidad exculpante respecto del honor) no tienen ningún valor eximente, ni siquiera atenuante⁹⁸.

1.3.3. Principios de la justificación – interés preponderante y solidaridad.

La forma de valoración usada para determinar la antijuridicidad es siempre imparcial (pues se refiere a la posición del agente y su acto

⁹⁷ ROXIN, C. 1997, pp. 589 - 591; JESCHECK, H. 1993, pp. 297 – 298; Jakobs defiende la idea del tratamiento de este error como un error *sui generis*, distinto del error de prohibición común, con consecuencias que varían considerablemente, JAKOBS, G. 1995, pp. 440ss.

⁹⁸ JESCHECK, H. 1993, pp. 442 – 443; ROXIN, C. 1997, p. 925; JAKOBS, G. 1995, pp. 620 - 622.

respecto del sistema de reglas), mientras que para la culpabilidad es parcial (pues analiza la posición del individuo, y de sus propias razones para la acción)⁹⁹. El análisis imparcial que hace la antijuridicidad es una función de los principios generales del Derecho, los cuales, en su aplicación en casos complejos, se sobreponen a las normas prohibitivas penales. La ciencia penal se ha esforzado desde antaño en encontrar una formulación adecuada, ya sea a través de un único principio que se aplique a todas las situaciones (teorías monistas), o a través de diversos pensamientos jurídicos (teorías pluralistas). Las teorías monistas más importantes han sido la “teoría del fin”, según la cual una conducta típica estará justificada cuando consiga un fin reconocido por el legislador, a través de un medio adecuado, las teorías de la “pretensión preferente del bien”, de “más utilidad que daño”, o la “teoría de la ponderación”. Sin embargo, por su intención de dar una respuesta uniforme a todas las situaciones planteadas las lleva a un nivel de abstracción extremo, que pone en duda la posibilidad de un único principio que explique todas las formas de justificación¹⁰⁰. En reemplazo de las teorías monistas se han adoptado variados principios, de los cuales los más

⁹⁹ Sobre ambas perspectivas de valoración: VARONA, Daniel. 2010. El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta. *Revista Estudios de la Justicia* (12), pp. 61 - 96. pp. 83 – 87.

¹⁰⁰ ROXIN, C. 1997, p. 573; JESCHECK, H. 1993, pp. 291 – 292; JAKOBS, G. 1995, pp. 420 – 421.

relevantes son el del interés preponderante y el de solidaridad. El estado de necesidad ha sido interpretado por la mayoría de la doctrina como aplicación del principio de interés preponderante, sin embargo, recientes desarrollos critican esta conceptualización y proponen en cambio al principio de solidaridad como fundamento último del estado de necesidad.

Claus Roxin afirma que la justificación se basa en una variedad de principios ordenadores sociales sobre los cuales, sin embargo, no cabe hacer un *numerus clausus*, pues la pluriformidad y rápida transformación de la vida social modifica estos principios constantemente. De todas formas, los principios nombrados por Roxin son: principio de protección, principio de preavalecimiento del derecho, principio de proporcionalidad, principio de ponderación de bienes, y principio de autonomía¹⁰¹. El estado de necesidad, en opinión de Roxin y de la doctrina alemana dominante¹⁰², obedece fundamentalmente al principio del interés preponderante.

En nuestro derecho¹⁰³ se ha seguido tradicionalmente esta opinión.

Etcheberry, por ejemplo, señala que cuando hay conflictos de interés: “En

¹⁰¹ ROXIN, C. 1997, p. 575.

¹⁰² Por todos: JESCHECK, H. 1993, pp. 323 – 325.

¹⁰³ En el Derecho español se ha seguido una discusión similar: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1991. Manual de Derecho Penal. Parte General, 4ª ed, Barcelona, Ariel, pp. 215 – 217; CEREZO MIR, J., 1995, pp. 22 – 23.

estos casos el orden jurídico desea que el interés menos importante sea sacrificado, y que el más importante prevalezca. Cesa, en consecuencia, para el titular del bien jurídico más importante, la obligación de no atentar contra el menor, y recibe la orden, o al menos la autorización, de sacrificarlo.”¹⁰⁴ Cuando hay un peligro para los intereses de los particulares, el derecho les otorga una facultad preventiva para evitar que se produzca el daño. Esta facultad está restringida a la función preventiva: una vez que se produce el daño, sólo el Estado puede castigarlo¹⁰⁵. En el estado de necesidad, aunque la víctima de la acción de salvamento no es culpable del peligro que lleva al conflicto, se le obliga a tolerar los efectos de la acción de salvamento, a lo que Etcheberry añade que “si se le impone tal sacrificio, es exclusivamente en atención a la preponderancia, a la mayor magnitud del bien que se salva”¹⁰⁶. Eduardo Novoa Monreal dice al respecto que “Desde que el Derecho ha establecido una jerarquía entre los diversos bienes jurídicos, asignando a unos preponderancia sobre otros o mayor valor que a otros, queda establecida entre ellos una preferencia que permite señalar, en caso de conflicto, como conducta ajustada a sus normas, aquella que tiende

¹⁰⁴ ETCHEBERRY A. 1999, p. 239.

¹⁰⁵ *Ibíd*, p. 249.

¹⁰⁶ *Ibíd*, p. 262.

a la preservación del bien preponderante.”¹⁰⁷ Politoff, Matus y Ramírez describen al estado de necesidad como una manifestación del principio del interés preponderante¹⁰⁸, y dicen que “Cumplidas dichas condiciones, el orden jurídico aprueba el sacrificio de un bien jurídico a costa de otro, a cuyo titular se le impone el deber de soportar el daño. Si el acto realizado para salvar un bien jurídico se sale de los límites fijados por el derecho, dicho deber desaparece y el perjudicado puede oponer lícitamente resistencia al sacrificio de sus bienes”¹⁰⁹.

1.3.5. Límites al principio del interés preponderante.

A pesar de lo anterior, hay varios casos en que el principio de preponderancia lleva a resultados a primera vista injustos, como cuando se obliga con amenazas a una persona a sacar agua de un pozo para apagar un incendio¹¹⁰, o en la variante no letal del caso del transplante¹¹¹. En éste último, un médico extrae un órgano no principal sin el consentimiento del paciente, causándole lesiones, para transplantarlo a otra persona que de otra forma moriría. A pesar de que el mal causado (lesiones) es menor que el

¹⁰⁷ NOVOA, E. 2005, p. 358.

¹⁰⁸ POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. 2004, p. 212.

¹⁰⁹ *Ibíd*, p. 228. Con mayores referencias: COUSO, J. 2011b, pp. 234 – 237.

¹¹⁰ BUSTOS, J. 1991, pp. 217 – 218.

¹¹¹ ROXIN, C. 1997, p. 717; CURY, E. 2013, p. 253; VARGAS, T. 2013, p. 767.

mal evitado (la muerte), pocos considerarían justo que la víctima quede obligada a soportar el daño, aunque sea para salvar un bien de mayor importancia. Garrido Montt sugiere que la concurrencia de otros bienes jurídicos, como la dignidad de la víctima y los principios limitadores, se suman a los bienes de la víctima e inclinan la balanza en contra de una justificación¹¹². Adicionalmente, siguiendo los postulados kantianos, el usar a otra persona con el fin de obtener un beneficio para otra estaría siempre prohibido, independiente del beneficio obtenido, y por lo tanto nunca podría justificarse¹¹³. La doctrina alemana se ha hecho cargo de este problema a través de la “cláusula de adecuación”¹¹⁴, la cual es contenida en el artículo 34 inciso 2º del Código Penal alemán, y prescribe que la acción de salvamento será justificada “sólo en la medida en que sea un medio adecuado para hacer frente al peligro”. Esta cláusula se utiliza para regular la ponderación de bienes en los casos en que una solución de ponderación estricta, como los ya mencionados, lleve a situaciones injustas. Roxin dice que “debido al carácter absoluto de la dignidad humana, una vulneración de

¹¹² GARRIDO MONTT, Mario. 2007. Derecho Penal. Parte General, 4ª Ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 182, Citado por VARGAS, T. 2013 p. 767. De opinión similar: CURY, E. supra nota 111.

¹¹³ VARGAS, T. 2013, p. 768.

¹¹⁴ ROXIN, C. 1997, pp. 714 – 717, JAKOBS, J. 1997, pp. 514ss; recepcionado por las doctrinas chilenas y españolas en BACIGALUPO, E. 1998, p. 379; ACOSTA, J. 2013, p. 707.

la misma nunca puede fundamentar un interés preponderante de acuerdo al artículo 34 inciso 1º¹¹⁵. La doctrina española, ante este mismo problema, ha precisado la definición de “mal” en la ponderación para incluir la perturbación al orden jurídico¹¹⁶. Desde este punto de vista, no sólo deben considerarse los valores relativos de los intereses jurídicos en la ponderación, sino también el daño que la acción de salvamento causa al ordenamiento jurídico¹¹⁷.

Günther Jakobs dice sobre el principio de interés preponderante que “la ponderación de intereses viene a parar –al igual que con mayor razón la ponderación de bienes- a la idea de que el fin justifica los medios, si no se encauzan los medios limitándolos a los medios adecuados para el ordenamiento determinante”¹¹⁸. Frente a ello postula la teoría del fin, según la cual el derecho está orientado a la mantención de un orden social, y toda justificación debe ser orientada por los medios adecuados a ese orden. Esta teoría “garantiza al Estado de Derecho en sentido formal frente a la libre

¹¹⁵ ROXIN, C. 1997, p. 717. Concuera con él Baldó, quien dice que la función de tal cláusula es la de substraer a la dignidad humana de la ponderación, funcionando como un filtro de seguridad que impida la legitimación de acciones que van contra los valores básicos de una sociedad democrática, BALDÓ, F. 1994, p. 175.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 1982. Sobre el estado de necesidad en el Derecho español. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) XXXV (III): 663 – 691, p. 667.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 669; BUSTOS, J. 1991, p. 218.

¹¹⁸ Jakobs, G. 1995, p. 494.

optimización de la utilidad mediante la ponderación de intereses”¹¹⁹. Jakobs parte de la base de que la perturbación del orden jurídico es siempre uno de los intereses en juego¹²⁰, y que “Para la justificación no basta un balance positivo de intereses”¹²¹, pues hay intereses cuya vulneración siempre estará prohibida¹²². Así, debe canalizarse la protección de los intereses jurídicos a través de procedimientos previamente establecidos por el derecho: una acción no podrá estar justificada si va en contra de un determinado procedimiento. Con esto disminuye la centralidad de la preponderancia frente al interés superior del Estado de Derecho. Por ello acomete la tarea de sistematizar los principios de justificación, agrupando las causas de justificación en torno a tres principios: **el principio de responsabilidad** (u ocasionamiento), según el cual quien ocasione un riesgo debe responder por sus consecuencias, absorbiéndolas en su propia esfera de intereses. Ejemplos de este principio en acción sería, por ejemplo, el estado de necesidad defensivo, la legítima defensa, la detención provisional y supuestos de ejercicio de un cargo. **El principio de autodefinition de intereses**, según el cual cada individuo maneja sus propios intereses con

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 513.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*, p. 514.

¹²² *Ibíd.*, pp. 508ss.

libertad, como por ejemplo, en el consentimiento justificante. Finalmente, **el principio de solidaridad**, según el cual existe el deber de sacrificarse en ciertas circunstancias, para proteger intereses de otras personas. La manifestación más clara de este principio es el estado de necesidad agresivo¹²³. En el caso de la solidaridad, sólo se puede exigir a alguien que comprometa sus propios intereses para salvar los ajenos si es que el resultado final es positivo: nadie está obligado a arriesgar sus intereses para salvar otros intereses de menor valor.

Claus Roxin critica esa formulación de principios, diciendo que “no son muy adecuados para la “estructuración de las causas de justificación” emprendida por Jakobs, sino que en parte se meten por el medio de ella”. Roxin señala que sólo en algunos casos la justificante responderá al principio que Jakobs le asigna, pero en otros debe apoyarse en principios distintos. Por ejemplo, el estado de necesidad agresivo siempre proviene del principio de solidaridad, pero la detención provisional no siempre será aplicación del principio de ocasionamiento, como pretende Jakobs: en caso

¹²³ *Ibíd*, pp. 421 - 422.

de alguien inocente que es detenido provisionalmente, sólo puede justificarse su detención en el principio de solidaridad¹²⁴.

1.3.5. Perspectivas sobre el principio de solidaridad.

Francisco Baldó Lavilla toma la ordenación realizada por Jakobs y la reorganiza en base a dos principios rectores, que a su vez motivan varios principios operativos, respondiendo a algunas de las críticas de Roxin. Los principios rectores son principios esenciales para todo Estado democrático y liberal, e informan todo el ordenamiento jurídico, sólo que Baldó los analiza en su dimensión penal. El primero es el principio de autonomía individual, en el sentido de separación de esferas organizativas autónomas. Para Baldó, la autonomía implica por una parte libertad de organización y de determinación de los intereses, pero también responsabilidad por ésta¹²⁵, y asunción personal de riesgos no imputables a terceros¹²⁶. Ambos se operativizan en las causas de justificación: cuando un agente irrumpe en la esfera de organización de otro, y lo hace con plena responsabilidad, entonces debe tolerar completamente la defensa del dueño de la esfera de intereses violada por su acto: es el caso de la legítima defensa. Quien

¹²⁴ ROXIN, C. 1997, p. 576.

¹²⁵ BALDÓ, F. 1994, pp. 46 – 48.

¹²⁶ *Ibíd.*, pp. 61 – 62.

irrumpe en una esfera de intereses con actos objetiva pero no plenamente imputables, entonces debe tolerar la defensa hasta cierto punto: esto fundamenta estado de necesidad defensivo. Quien no afecta la esfera de intereses de un tercero, no tiene ninguna responsabilidad frente a éste, por ello el estado de necesidad agresivo no se puede fundamentar en el principio de autonomía individual, pues no hay responsabilidad ni autonomía, y debe fundamentarse en el principio de solidaridad intersubjetiva¹²⁷.

Tras este principio está el reconocimiento que un Estado social y democrático de Derecho debe hacer de los vínculos de solidaridad que unen a las distintas personas en una sociedad moderna, los cuales son el tejido esencial de la comunidad humana, y que esencialmente toman forma en el deber de proteger intereses ajenos a los propios . El Estado impone numerosos deberes basados en la solidaridad: deber de pagar impuestos, de proteger a los trabajadores, a los menores, etc., pero el principal fundamento usado por Baldó para sostener la existencia de un deber general de solidaridad está en la existencia de los deberes de amparo activo¹²⁸. En el

¹²⁷ *Ibíd*, pp. 60 – 61.

¹²⁸ *Ibíd*, pp. 64 - 65.

derecho español hay varias obligaciones de solidaridad penalmente reforzadas: artículo 489 ter (omisión del deber de socorro), que castiga a quien “no socorriere a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero”; el artículo 586,2° (omisión del auxilio solicitado), que castiga a quien “requerido por otro para evitar un mal mayor, dejaren de prestar el auxilio solicitado, siempre que no hubiere de resultarles perjuicio alguno y si reclamare el ofendido; o el artículo 371,3° (denegación de auxilio por funcionario público)¹²⁹. En estos deberes especiales de garante, Baldó ve la más clara manifestación de la existencia del principio de solidaridad general cuando dice que “De hecho, el deber general de socorro activo –salvaguada ajena en amparo activo- del artículo 489 ter, 1° -y el que impone el parágrafo 330c del StGB a todo sujeto- constituye el paralelo del deber de tolerancia de la facultad de estado de necesidad agresivo.”¹³⁰, y que “la coherencia del sistema normativo se vería seriamente mermada si existiera la regulación del estado de necesidad agresivo del 8,7° del CP y no, en

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 67; con más detalle en *Ibíd.*, pp. 199 – 200.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 67, nota 91.

cambio, la del delito de omisión del artículo 489 ter 1° del CP, o viceversa”¹³¹.

El principio de solidaridad opera modulando el principio de autonomía, aplicándose sobre las situaciones ya reguladas por éste. Así, en una situación de legítima defensa, el atacante es responsable por sus actos, por lo que sólo se aplica la solidaridad en un nivel mínimo, prohibiendo el exceso en la defensa, por ejemplo. En una situación de estado de necesidad defensivo, quien genera la situación de peligro con un comportamiento no plenamente imputable queda sometido al deber de tolerar la acción defensiva, la cual es moderada por el principio de solidaridad prohibiendo que se sacrifique un interés más valioso que el conservado. En la situación de estado de necesidad agresivo, en la que no hay responsables del peligro, el principio de autonomía prescribiría la asunción personal de riesgos no imputables a terceros, sin embargo, se pueden transferir los riesgos a un tercero si es que existen buenas razones para fundamentar la existencia de un deber de solidaridad en el caso, es decir, si puede afirmarse que un

¹³¹ *Ibíd.*

tercero inocente debería darle prioridad a los intereses del necesitado que a los propios¹³².

Una de las funciones más relevantes de ambos principios es la de fundamentar las causas de justificación. Baldó dice que el principio de ponderación, señalado por varios autores como el fundamento material de la institución del estado de necesidad, “no deja de ser más que un instrumento “analítico” o “metodológico” –o, si se quiere, “matemático”-.”¹³³ Puede definir cuándo una lesión en una situación de necesidad se considera justificada, pero no por qué debe justificarse. Más aún, si se tomase al principio de ponderación como la única fundamentación, daría como resultado una moral utilitarista, en la que si una acción de salvamento tiene como resultado un saldo global positivo, el ciudadano particular afectado está por lo tanto obligado a soportarla¹³⁴. Para Baldó, la única justificación congruente con un Estado democrático social y liberal es una basada en el equilibrio entre los principios de autonomía y de solidaridad¹³⁵, los cuales determinan, en su interacción, cuándo, en una situación de necesidad, debe caer el riesgo en la esfera de intereses del que la causó o de un tercero

¹³² *Ibíd*, pp. 66 – 68.

¹³³ *Ibíd*, p. 95.

¹³⁴ *Ibíd*, pp. 96 -97; con más detalle en pp. 163 – 167.

¹³⁵ *Ibíd*, pp. 168 - 169.

inocente, dejando al principio de ponderación la función de operativizar en específico el grado de afectación que debe sufrir cada persona¹³⁶. La respuesta a la pregunta “¿Es justo permitir la acción en estado de necesidad en este caso?” dependerá del grado de responsabilidad del creador de la situación de peligro, pero más importantemente, de la existencia –o no- de deberes de solidaridad por parte de la víctima.

Tatjana Hörnle adopta una posición similar en su texto “Matar para salvar muchas vidas”, donde señala que para resolver casos difíciles de conflictos de intereses¹³⁷ debe adoptarse un punto de vista centrado en la víctima de la acción de salvamento y sus particulares deberes de tolerancia. Los casos difíciles que expone son los tres siguientes: el del guardagujas, o del tranvía sin conductor, en el que un tranvía se dirige fuera de control a un paradero, donde producirá la muerte a varios transeúntes. El guardagujas, o director de tráfico, tiene la opción de cambiar la dirección del tranvía hacia una vía secundaria, pero esto resultaría en la muerte de tres de sus compañeros. El segundo caso es el del transplante, en el que un médico saca órganos de un paciente que no ha consentido en ello para salvar a otro

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 169.

¹³⁷ Por “casos difíciles” se refiere, como se desprende del título del artículo, a aquellos en que los bienes en conflicto son las vidas de los involucrados.

paciente, con la consecuencia de la muerte del primero. El tercer caso es del avión de pasajeros cuyo comando ha sido tomado por terroristas, en el que se debe decidir si derribar al avión, matando a sus pasajeros, para evitar que sea estrellado contra un lugar público, donde podría afectar a mucha más gente¹³⁸.

Hörnle identifica tres perspectivas respecto de los estados de necesidad: la “perspectiva neutral respecto a quien actúa y respecto a la víctima” (también llamada “vista desde ninguna parte”, por la “View from Nowhere” de por Thomas Nagel), la “perspectiva centrada en quien actúa”, y la “perspectiva centrada en la víctima”. La “perspectiva neutral” se corresponde a una filosofía moral consecuencialista, en la que se examinan las consecuencias que tendrá el acto para la totalidad de la sociedad, sin tener en cuenta a los involucrados directamente; por ejemplo, en el caso del transplante se evalúa en primer lugar el saldo de desvalor de la acción, que en este caso es positivo¹³⁹, y cómo afecta ello la confianza general del

¹³⁸ HÖRNLE, Tatjana. 2010. Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal. Traducción de PASTOR MUÑOZ, Nuria. InDret (2): 1 – 31; pp. 1- 4.

¹³⁹ Pues se salva una vida cometiendo un delito de lesiones. El valor de la vida sobrepasa el de la integridad física del afectado. Usualmente se suma al desvalor del hecho el atentado contra la dignidad del paciente a quien le extraen órganos sin su consentimiento, pero esto trae problemas propios.

público en los hospitales¹⁴⁰. Hörnle destaca que esta perspectiva debe descartarse, pues se centra únicamente en las consecuencias de los actos y en el valor relativo de los intereses en conflicto, sin referencia al reproche que debe hacerse al actor o al desvalor de la acción, siendo, en efecto, una perspectiva utilitaria¹⁴¹.

La perspectiva centrada en quien actúa examina si el agente tenía deberes especiales de acción o protección en el caso particular, si tenía una posición especial de garante, como es el caso de miembros de las fuerzas de orden o practicantes de la salud pública; en el mismo caso del transplante, éste tiene un deber de protección frente a todos sus pacientes y, por lo tanto, su acción sería particularmente reprobable¹⁴².

La perspectiva centrada en la víctima se pregunta si la víctima tiene algún deber de sacrificarse para proteger intereses ajenos o si, en caso de ausencia de un deber así, hay una pretensión de defensa de sus propios intereses¹⁴³. Hörnle concluye que la solución a los casos difíciles está en una combinación de las perspectivas centrada en la víctima, y la centrada en

¹⁴⁰ *Ibíd*, pp. 9-10.

¹⁴¹ *Ibíd*, p. 20.

¹⁴² *Ibíd*, pp. 12 – 14.

¹⁴³ *Ibíd*, pp. 15 – 19.

quien actúa: a falta de deberes especiales de protección en el agente, deben protegerse los intereses de las víctimas, pues en un ordenamiento jurídico democrático comprometido con el respeto de la dignidad de las personas, sólo situaciones excepcionales pueden imponer un deber de sacrificio a terceros no involucrados y, por el contrario, siempre se presume que deben protegerse sus intereses¹⁴⁴.

1.3.6. Regreso a la discusión chilena.

En Chile hubo una primera aproximación a esta discusión por parte de Jean Pierre Matus, quien criticó la fetichización de las condiciones fácticas presentemente existentes como dignas inherentemente de protección, diciendo que la mantención del status quo no es algo que sea en sí digno de protección, sino que debe atenderse a las condiciones sociales de los individuos a quienes las normas protegen, y de la forma de distribución de los bienes jurídicos, lo cual es una función de la fuerza de los grupos que constituyen la sociedad y del espacio en que se han desarrollado¹⁴⁵. En forma más sistemática se refiere al tema Javier Wilenmann, en su artículo sobre el fundamento del estado de necesidad

¹⁴⁴ *Ibíd*, pp. 20 – 21.

¹⁴⁵ MATUS, Jean Pierre. 2009. La protección de la seguridad personal en el Código Penal. *Revista Ius et Praxis*. Año 15 (1), pp. 387 – 396, p. 391.

justificante. Allí sostiene que la interpretación predominante en la doctrina chilena del estado de necesidad justificante como fundamentado en el principio del interés preponderante obedece a una interpretación utilitarista de dicha eximente¹⁴⁶. Al respecto, identifica dos posibles posiciones: la del utilitarismo clásico, caracterizado por la aplicación irrestricta de la máxima de utilidad marginal, y el utilitarismo indirecto, en que se justifica la práctica punitiva en una máxima utilitaria, pero la aplicación concreta de las normas tiene otras justificaciones. El utilitarismo clásico exige la maximización del bienestar general, lo cual exigiría llevar a cabo acciones que tendieran a una absoluta igualdad material, sin embargo, la pretensión del derecho es precisamente lo contrario: la protección de las posiciones previamente establecidas (como la propiedad) a través de la prohibición general de acciones que atenten contra ellas. Significaría la disolución del derecho si es que, ante un hurto o un robo, se debiera responder si es que esa acción aumenta el bienestar general antes de poder castigarla. Por ello, el utilitarismo clásico es teóricamente contradictorio, y debe matizarse con otros principios. Ante ello, el utilitarismo indirecto¹⁴⁷ justifica la institución

¹⁴⁶ WILENMANN, J. 2014, p. 228.

¹⁴⁷ Defendido por John Rawls en su “Dos conceptos de reglas”, aunque después no volvió a referirse al tema. RAWLS, John. 1955. Dos conceptos de reglas. *Philosophical Review* 64, pp. 3 – 32.

de la pena en la maximización del bienestar general, pero para evitar resultados contradictorios¹⁴⁸ reconoce que en la aplicación directa a la práctica se debe prohibir el principio de utilidad, y recurrir a principios como el de culpabilidad. En ese caso lo que se vuelve contradictorio es la institución del estado de necesidad, pues consiste precisamente en una aplicación del principio de utilidad a casos particulares: frente a la pregunta de por qué una persona debe soportar un detrimento en sus intereses para beneficio de otros, la respuesta es simplemente “por el bienestar general de la sociedad”, lo cual contradice la intangibilidad de las esferas de autonomía de los individuos y el interés por la seguridad jurídica¹⁴⁹. Más aún, la idea misma de estado de necesidad implica una excepcionalidad a las situaciones normales del derecho: es sólo por su aplicación relativamente limitada que pueden reconocerse en él permisiones que usualmente no se otorgan. Si el estado de necesidad fuera manifestación de una regla general (como pretende el utilitarismo con el principio de interés preponderante) el derecho perdería sentido. Esas incompatibilidades hacen que deba

¹⁴⁸ Los cuales son inevitables bajo un utilitarismo clásico: si se pretende que la imposición de penas tiene el objetivo de prevenir delitos futuros, y así propender al bien común, puede concluirse que ocasionalmente será de beneficio común el encarcelamiento de inocentes.

¹⁴⁹ WILENMANN, J. 2014, pp. 229 – 232.

descartarse el utilitarismo como fundamento de la justificación en el estado de necesidad, y recurrir a principios como el de solidaridad¹⁵⁰.

Wilenmann distingue tres tipos de teorías respecto a la solidaridad. La primera es la teoría decisionista o valorativo-positiva, que propone que la solidaridad es una excepción al principio de autosuficiencia del individuo basado en una decisión del ordenamiento sobre un estado de cosas valorable, según el cual se imponen obligaciones concretas a los ciudadanos. Wilenmann critica esta concepción diciendo que sólo tiene lugar si se entiende al Estado como sede de un tejido complejo de obligaciones y prestaciones, característico del Estado social¹⁵¹, la cual simplemente no tiene lugar en Chile. Como respuesta se plantean las teorías contractualistas de la solidaridad, cuya forma de operación sería similar a la del seguro: cada individuo paga un precio en el presente como forma de protegerse contra un posible detrimento en el futuro. El precio en este caso sería el sacrificio en su propia esfera de autonomía, con el beneficio de saber que, en caso de necesidad, puede hacer uso de los bienes de los otros miembros de la sociedad. El problema con esta concepción es el común a

¹⁵⁰ *Ibíd*, pp. 233-234.

¹⁵¹ Caracterización explícita en Baldó, por ejemplo. BALDÓ, F. 1994, p. 64.

las teorías contractualistas: a saber, que en sociedades desiguales, los sacrificios realizados por los más privilegiados serían menores que los de los menos privilegiados (pues su esfera de autonomía es, en la práctica, mucho mayor) y con el potencial de un mayor beneficio. Esto hace que la idea de que toda persona voluntariamente consentiría en el establecimiento de la institución del estado de necesidad pierda sentido¹⁵². Finalmente, se encuentra la variante comunitarista de la solidaridad, basada en la idea de que el Estado tiene el deber de resguardar a los ciudadanos de las situaciones que puedan afectar sus bienes jurídicos, pero que en caso de ausencia del Estado (cuando éste no sea capaz de responder a tiempo) se delega este deber en los ciudadanos. Esto se funda a su vez en un entramado social de deberes, según el cual toda la comunidad está obligada a su propia mantención, por lo que el deber originario del Estado de proteger a sus ciudadanos puede hacerse efectiva en los bienes de cualquiera que esté en posición de asistir al necesitado¹⁵³.

Las distintas teorías sobre el principio de solidaridad se basan, a pesar de sus diferencias, por su contraposición con el principio de autonomía:

¹⁵² WILENMANN, J. 2014, pp. 236 – 237.

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 238.

todas asumen que el derecho otorga primariamente de una esfera de autonomía a los ciudadanos, y que la solidaridad se presenta como una excepción a ésta. Por ello, Wilenmann propone un tratamiento unitario de la justificación por estado de necesidad, según la cual el derecho reconoce esferas de autonomía que delimitan el ámbito en el que puede desenvolverse la voluntad de los ciudadanos en pos de su bienestar. El conflicto del estado de necesidad no es de los bienes jurídicos de una persona contra los de otra, sino que es un conflicto interno al derecho: la determinación de posiciones absolutas de autonomía se opone a sí misma, pues se presenta como obstáculo a la consecución de su fin (el bienestar de los ciudadanos). Ambas partes tienen una pretensión de igual valor sobre la mantención de sus posiciones jurídicas, y darle preferencia a uno sobre otro en función de una escala de valoración implicaría desconocer el principio mismo por el cual se reconocen posiciones absolutas de autonomía. El conflicto solo puede ser superado limitando la ponderación de intereses a situaciones muy excepcionales, manteniendo la autonomía formal de los individuos (protegiéndolos de agresiones) en el resto de los casos. La regla que conceda preferencia a los intereses del agente de necesidad debe hacer referencia a la pretensión de un derecho formal sobre los intereses del

afectado¹⁵⁴. Wilenmann concluye que “si se dan las condiciones bajo las cuales los intereses (formales y materiales) del destinatario de la agresión resultan derrotados por los intereses del agente en necesidad, entonces la acción de necesidad puede considerarse como condición de realización de la libertad, es decir, como acción lícita”¹⁵⁵. Aunque Wilenmann no dice cuáles deben ser esas condiciones que otorgarían un derecho sobre los intereses de otro, y no desarrolla concretamente los principios que puedan llevar a una respuesta, su crítica de la fundamentación del estado de necesidad otorga herramientas importantes. Ello, junto con la estructuración de principios revisada más arriba en este trabajo, puede ayudar a resolver las complicaciones asociadas a esta eximente.

Todo esto nos trae de regreso a la interpretación del artículo 10 N° 11: Acosta, Couso, Cury y Vargas aseveran que contiene al mismo tiempo un estado de necesidad justificante y uno exculpante, mientras que Hernández, Mañalich y Wilenmann sostienen que es solamente exculpante. Para los defensores de la primera tesis, la diferencia entre ambas formas del estado de necesidad está en la proporción entre los intereses en conflicto: si

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 240.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 241.

el mal causado es inferior al mal evitado, entonces es justificante; si es igual o superior, es exculpante. Una regla justificante implicaría, de acuerdo a su estructura normativa, la imposición de un deber general de solidaridad a todos los ciudadanos, según el cual estarían obligados a sacrificar sus intereses jurídicos para proteger intereses de terceros (siempre que sean de menor magnitud); pero el decir que se exime de responsabilidad a quien cause un mal en estado de necesidad no equivale a decir que la víctima esté obligada a soportarlo. ¿Puede decirse que el artículo 10 N° 11 impone esa obligación?

El principio de preponderancia se basa en que el derecho establece una jerarquía entre los bienes jurídicos, y la sola existencia de un peligro para un interés protegido jurídicamente impone la obligación a terceros de sacrificar intereses de menor importancia para salvarlo. Sin embargo, como se vio más arriba, este principio no ofrece una justificación coherente y que satisfaga sus propios presupuestos en la generalidad de los casos: no todos los casos ofrecen una relación de proporción tan evidente, y hay situaciones en las que incluso habiendo un saldo positivo no parece correcto aplicar una justificación y obligar a un tercero inocente a soportar las consecuencias de una acción de salvamento. La doctrina española ha añadido la perturbación

del orden jurídico a la ponderación de males para evitar este desbalance, mientras que la alemana ha utilizado la cláusula de adecuación, sin embargo, estas tampoco proveen una respuesta completa.

Los principios de autonomía y solidaridad general compensan la insuficiencia del principio de preponderancia. Éstos proporcionan un fundamento al estado de necesidad, definiendo sus límites y consecuencias en función de un esquema social de derechos y deberes. Su interpretación descansa en un sistema deóntico preexistente, el cual se encuentra expresamente regulado en las legislaciones española y alemana: en la primera se puede ver en los deberes de amparo activo, especialmente el delito de omisión de socorro del 489ter 1º CP; en la alemana se ve en la regulación del BGB respecto al estado de necesidad. Estos principios nos otorgan de una herramienta interpretativa poderosa para entender el estado de necesidad, y una base sólida sobre la cual construir una discusión a futuro, y aunque no han sido desarrollados adecuadamente por la doctrina nacional, su elaboración en la doctrina comparada provee de una guía útil en la solución de esta controversia.

El estándar de proporcionalidad establecido por el artículo 10 N° 11 (que el mal causado no sea sustancialmente superior al evitado) implicaría, de ser interpretado como un estado de necesidad justificante agresivo, que se impondría a los ciudadanos un deber de solidaridad general excesivamente amplio y que desdibujaría los límites mismos del derecho (pues todos estarían obligados a soportar un detrimento a sus bienes para proteger intereses de menor envergadura, eliminando el sentido mismo de esferas de autonomía). Si fuese un estado de necesidad justificante defensivo se mantendría intacta la estructura de deberes de tolerancia, pero dado que la redacción no contiene el requisito característico de dicha eximente (a saber, que el peligro se haya originado en la esfera de organización del destinatario de la acción de salvamento) no puede seguirse esa interpretación. La postura que sostiene que el artículo reconoce a la vez un estado de necesidad exculpante y uno justificante sólo tiene sentido tomando al principio de interés preponderante como fundamento, lo cual debe ser descartado en vista de los problemas que presenta. En definitiva, lo más sensato parece ser interpretar el artículo 10 N° 11 como un estado de necesidad exculpante, lo cual además dejaría intacto el artículo 10 N° 7.

Este trabajo no pretende dar una respuesta a un dilema de tal envergadura, la cual corresponde a la doctrina y las futuras discusiones, pero por el momento parece más sensato decir que, sin legislación expresa, la doctrina penal no tiene suficiente densidad argumentativa para sostener un estado de necesidad justificante, y debe interpretarse el artículo 10 N° 11 de acuerdo a las intenciones originales del legislador y a una lectura más cerrada de su texto: queda eximido de responsabilidad quien cause un daño para evitar otro. Como no se estipula que la víctima debe soportar la acción y renunciar a su derecho a defensa, se estaría más cerca de un estado de necesidad exculpante, lo cual además dejaría intacto el artículo 10 N° 7. En la segunda parte de este trabajo, a continuación, se tratarán los fundamentos teóricos de dicho estado de necesidad, y la discusión sobre su naturaleza, función y efectos.

1.4. Excurso – Estado de necesidad defensivo

El estado de necesidad defensivo, discutido ampliamente en la doctrina internacional, no ha tenido mayor elaboración en la doctrina nacional, exceptuando menciones en forma tangencial. Así, Myrna Villegas lo ha tratado en su exposición sobre las posibles eximentes para las mujeres

que matan a sus maridos abusadores¹⁵⁶. Magdalena Ossandón lo trata respecto de una posible eximente de las mujeres que abortan en casos que pongan en peligro sus vidas¹⁵⁷. Juan Pablo Mañalich lo menciona como una de las interpretaciones posibles del artículo 10 N° 11, aunque sólo para descartarlo¹⁵⁸, y recientemente Javier Wilenmann lo trata en relación a las carencias de fundamentación del estado de necesidad en la doctrina actual¹⁵⁹.

El tratamiento del estado de necesidad defensivo se enmarca dentro del concepto de situación de necesidad. Se pueden clasificar los distintos tipos de situaciones de necesidad por el origen del peligro, en una clasificación tripartita:

- a) Situaciones de necesidad originadas por un comportamiento ilegítimo de un sujeto responsable (situación de plena competencia por el peligro amenazante): legítima defensa.
- b) Situaciones de necesidad originadas por un peligro no completamente imputable a un sujeto, pero sí preferentemente

¹⁵⁶ VILLEGAS, M. 2010, pp. 160ss.

¹⁵⁷ OSSANDÓN, Magdalena. 2012. Aborto y justificación. Revista chilena de derecho 39 (2), pp. 325 – 369, la referencia en pp. 338ss.

¹⁵⁸ MAÑALICH, J. 2013a, p. 718.

¹⁵⁹ WILENMANN, J. 2014, p. 217.

(situación de preferente competencia por el peligro amenazante):
estado de necesidad defensivo.

- c) Situaciones de necesidad originadas por una fuente de peligro no imputable a ningún sujeto (situación de no-competencia por el peligro amenazante): estado de necesidad agresivo¹⁶⁰.

En Alemania el estado de necesidad defensivo tiene su origen en la regulación general que el BGB hace sobre el estado de necesidad sobre las cosas, en los artículos 228 y 904. El primero permite la destrucción de las cosas de un tercero, si es que esa destrucción es necesaria para evitar un peligro proveniente de la cosa. El segundo permite actuar sobre las cosas de un tercero si es que ello es necesario para prevenir un peligro proveniente de una fuente externa, aunque con una restricción de proporcionalidad más fuerte que en el 228. Esto se ha aplicado por analogía a los casos en que el peligro proviene de una persona inculpable, pues su falta de culpabilidad lo asemejaría a una “cosa”, en términos de capacidad y de responsabilidad. En estos casos, en que se descarta una agresión antijurídica (por lo que decae la aplicación legítima defensa), la doctrina ha optado por aplicar las reglas establecidas en el 228: se justifica la destrucción de la fuente del peligro,

¹⁶⁰ BALDÓ, F. 1994, p. 73.

siempre que el daño causado no sea mayor al evitado, dando la posibilidad incluso de la justificación de la muerte de la persona en la que se origina el peligro¹⁶¹.

Para Jakobs, la fundamentación de una eximente tan amplia requiere que la víctima de la intervención sea responsable del peligro, o sea, que tenga el deber de eliminarlo, y si no lo tiene es por carecer de la capacidad de hacerlo. El estado de necesidad defensivo es una manifestación del principio de responsabilidad, cuyo reverso es el de auto-organización, lo que significa que las acciones autónomas de administración de los propios intereses generan la responsabilidad de evitar causar un daño a terceros, imponiendo deberes concretos que dan origen a responsabilidad. Como tal, no pueden justificarse los casos en que haya una conexión meramente externa con la esfera de autonomía del originador del peligro, sin responsabilidad. Por ejemplo, los casos de perforación (aborto terapéutico) no cabrían en esta eximente¹⁶².

Claus Roxin rechaza la aplicación sin más del artículo 228 del BGB a situaciones de necesidad que involucren a personas, diciendo que el

¹⁶¹ JAKOBS, G. 1995, p. 520.

¹⁶² *Ibíd*, p. 521; a mayor abundamiento sobre los casos de perforación: OSSANDÓN, M. 2012, pp. 342 – 344.

estándar de proporcionalidad más amplio se justifica precisamente porque involucra cosas, y no seres humanos. Sin embargo, abre la puerta al estado de necesidad defensivo a través de la aplicación de la regulación normal del estado de necesidad: el artículo 34 del StGB. Dicho artículo justifica la acción de salvamento cuando el **interés** protegido sea sustancialmente preponderante sobre el dañado, y debido a que en la ponderación de intereses se deben tomar en cuenta todos los intereses jurídicos en juego (y no sólo los bienes), cabe la posibilidad de darle preponderancia a un bien jurídico frente a uno más valioso si es que las circunstancias del caso hacen que haya mayor interés en la protección del bien menor. Roxin afirma que “nadie tiene por qué soportar indefenso amenazas que le lleguen de fuera, incluso aunque no hayan sido causadas de modo imputable, porque el que pone en peligro no tiene un derecho a injerencia”¹⁶³, es decir, que la defensa frente a un peligro es un interés protegido, que debe ser considerado en el análisis de proporcionalidad.

Roxin identifica 4 casos de estado de necesidad defensivo: 1) las situaciones de falta de acción; 2) la puesta en peligro creada por una acción legítima, conforme a las normas (por ejemplo, un conductor que, a pesar de

¹⁶³ ROXIN, C. 1997, pp. 706 – 707.

seguir todas las normas del tránsito, esté a punto de atropellar a un peatón imprudente); 3) las situaciones de aborto terapéutico; 4) la legítima defensa preventiva. En los casos 1 y 2, se pueden justificar las lesiones leves para proteger bienes patrimoniales considerables, pero nunca más que eso, pues la diferencia de valoración entre la salud y el patrimonio es demasiado grande como para permitir una afectación así, aunque la víctima sea el origen del peligro. Un principio de solidaridad con el prójimo obliga a soportar daños leves o incluso medianos antes que dañar a quien causa inculpablemente una situación de peligro, pero si hay un peligro grave se pueden justificar las lesiones graves o incluso el homicidio: “nadie que no tenga un deber especial de exponerse al peligro tiene que soportar graves daños en consideración a otro”¹⁶⁴. El interés en proteger la posición del que es amenazado por un peligro sobre el cual no ha tenido influencia hace que sea admisible la ponderación de vida contra vida, lo cual está prohibido en otros supuestos. Esto otorga también la respuesta para el caso de aborto terapéutico, el cual se justifica sólo para salvar la vida de la madre¹⁶⁵. La legítima defensa preventiva puede justificarse en base a que, aunque no

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 708.

¹⁶⁵ Roxin advierte la posible interpretación del conflicto como uno de estado de necesidad exculpante, más que justificante, pero se decanta por la segunda. La fundamentación utilizada es, sin embargo, de mayor envergadura y complejidad que la que este trabajo es capaz de darle; para mayor detalle: *Ibíd.*, pp. 708 – 710; OSSANDÓN, M. 2012, pp. 338ss.

haya una agresión actual (y por lo tanto no haya legítima defensa propiamente tal) hay un peligro actual, lo cual cae dentro de la esfera de aplicabilidad del estado de necesidad.

Las legislaciones extranjeras todavía no incorporan esta forma del estado de necesidad, y aunque en España se ha incorporado a la discusión doctrinaria, todavía no es posición mayoritaria¹⁶⁶. Aunque todavía hay puntos contenciosos y dudas respecto a los fundamentos y los límites de la institución, ello excede el límite de este trabajo.

¹⁶⁶ Al respecto, BALDÓ, F. 1994, pp. 74ss; COCA VILA, Ivó. 2011. Entre la responsabilidad y la solidaridad. Estado de necesidad defensivo. InDret (1): 1 – 40.

CAPÍTULO 2

LA CULPABILIDAD Y SU EXCLUSIÓN

Habiendo ya determinado que la eximente del artículo 10 N° 11 del Código Penal contiene una exención de responsabilidad por exculpación, resta definir con exactitud qué se entiende en la doctrina actual por culpabilidad, delineando, de esta forma, los límites de esta exención, los casos a los que se aplica, su forma de aplicación, y sus posibles excepciones.

La culpabilidad es uno de los componentes del concepto del delito en la doctrina penal moderna. Entre nosotros es uno de los fundamentos del orden jurídico-penal, pues forma parte de la definición misma de delito, y se constituye además como una garantía esencial para los individuos en una sociedad democrática y liberal¹⁶⁷: para poder castigar a una persona por un

¹⁶⁷ En palabras de Juan Bustos: "...la culpabilidad ha sido predominantemente referida en todo caso a lo obrado por el sujeto, a su hecho, de ahí que el *principio garantista* fundamental desde esta perspectiva es la *culpabilidad por el hecho*. Lo que se trata de determinar no puede ir más allá del mundo interior del sujeto en relación al hecho concreto cometido; es respecto de ese hecho que él responde, no por otra cosa", BUSTOS, J. 1991 p. 310, énfasis en el original. Otros autores que esbozan ideas similares respecto de la culpabilidad: MEZGER, Edmund. 1956. La culpabilidad en el moderno Derecho Penal. Valladolid, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, pp. 54 – 55, MEZGER, Edmund. 1935. Tratado

hecho típico y antijurídico es necesario que además se le pueda imputar ese hecho a un acto voluntario suyo, que provenga de una decisión libre. La culpabilidad como garantía usualmente se relaciona con el Principio de culpabilidad, el cual, encarnado en la frase “*nulla poena sine culpa*”, exige que, para imponer una pena sobre un sujeto, éste debe merecerlo. Así, aunque ambos tienen autonomía lógica el uno del otro, el principio de culpabilidad erige a la culpabilidad (como elemento del delito) en la columna vertebral de la imputación penal, dándole su rol de garante¹⁶⁸. Este principio excluye toda forma de responsabilidad objetiva, exige el reconocimiento del efecto exculpante del error y de la inimputabilidad, y la posibilidad de graduar y excluir la culpabilidad en función de la exigibilidad de la conducta¹⁶⁹. Durante varios años no se reconoció jurisprudencial y constitucionalmente¹⁷⁰ la existencia del principio de

de Derecho Penal. Traducción de RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Vol. I, p. 24, BACIGALUPO, E. 1998, pp. 108 – 109, MAURACH, Reinhart. 1962. Tratado de Derecho Penal. Traducción de CÓRDOBA RODA, Juan. Barcelona, Ediciones Ariel, pp. 12-13; CÓRDOBA RODA, Juan. 1977. Culpabilidad y Pena, Barcelona, Casa Editorial Bosch, pp. 37 – 38.

¹⁶⁸ SOTO PIÑEIRO, Miguel. 1999. Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del “Principio de Culpabilidad” en el Derecho Penal Chileno. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año III (3): 233 – 253; pp. 236 – 237.

¹⁶⁹ Ibíd, p. 238; En detalle: POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. 2004, pp. 247 – 252.

¹⁷⁰ Etcheberry, por ejemplo, niega que la Constitución reconozca este principio: ETCHEBERRY, A. 1999, p. 68. Rodríguez Collao y De la Fuente Hulaud señalan que la Constitución de 1980, aunque no reconozca explícitamente el principio de culpabilidad, lo hace en forma implícita al establecer al Principio de Irretroactividad como fundamento del juzgamiento penal. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y DE LA FUENTE HULAUD, Felipe. 1989 – 1990. El principio de Culpabilidad en la Constitución de 1980. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (XIII): 125 – 153.

culpabilidad en nuestra legislación¹⁷¹, y hasta fines del siglo pasado se podía decir que en Chile todavía campeaban “(...) el “*error iuris nocet*”, entre otras incivilizadas formas de responsabilidad objetiva, que no se solucionan con ninguna reforma procesal penal”¹⁷². Para nuestra doctrina, sin embargo, la culpabilidad y el Principio de Culpabilidad han sido considerados durante décadas como fundamentos esenciales del orden penal¹⁷³.

La culpabilidad ha sido un elemento altamente contencioso para la discusión desarrollada por la dogmática penal. Las distintas posturas, disímiles e irreconciliables entre sí, han pugnado por la superioridad en la doctrina y jurisprudencia, lo que ha llevado a que frente a cada problema de culpabilidad exista una docena de soluciones. Para los casos en que la culpabilidad es relevante, dependiendo de si se adopta una postura finalista, prevencionista (general o especial, positiva o negativa), o de la teoría del

¹⁷¹ SOTO, M. 1999, pp. 233 – 235; Sobre los vacíos de nuestra legislación y jurisprudencia respecto del principio de culpabilidad, en la segunda mitad del siglo XX: VIAL DEL RÍO, Víctor Manuel. 1969. La no exigibilidad de otra conducta como causa de exclusión de la culpabilidad. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 50 – 51.

¹⁷² SOTO, M. 1999, p. 248.

¹⁷³ NAQUIRA RIVEROS, Jaime. 1995. Constitución Política y fundamento material del Principio de Culpabilidad. Revista Chilena de Derecho 22 (2): 189 – 200, p. 189; ETCHEBERRY, Alfredo. 1973. La culpabilidad como fundamento y medida de la pena. Revista de Ciencias Penales 32 (1): 5 – 15, p. 5 y p. 14; POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. 2004, pp. 252 – 254; MAÑALICH, Juan Pablo. 2005. Pena y Ciudadanía. REJ – Revista de Estudios de la Justicia (6), pp. 63 – 83, pp. 64 – 70; con más detalle en MAÑALICH, Juan Pablo. 2007. La pena como retribución. Revista Estudios Públicos (108): 117 – 205, pp. 133ss.

discurso, habrá casos en que el autor estará exento de responsabilidad por exculpación, mientras que bajo otra postura deberá ser castigado. De ahí la importancia de hacer una revisión de las concepciones actualmente vigentes, de sus fundamentos y desarrollo: teniendo una panorámica general de la culpabilidad (y de la exculpación) podrán resolverse las interrogantes planteadas. Dentro de este esquema, el estado de necesidad exculpante juega un papel protagónico, pues ha sido notablemente difícil de definir a lo largo de la historia de la dogmática penal. Fue la imposibilidad de explicarlo bajo las teorías dominantes a principios del siglo XX lo que dio origen a la gran revolución iniciada por la concepción normativa de Reinhard Frank. Varias teorías críticas contra las concepciones dominantes se han propuesto precisamente debido a las dificultades que presenta el estado de necesidad exculpante: ejemplo de ello son Reinhart Maurach, Enrique Bacigalupo y en menor medida, Enrique Gimbernat y Claus Roxin.

Un ejemplo claro de esto es la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto del 21 de junio del 2013¹⁷⁴, que juzgó a Karina

¹⁷⁴ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUENTE ALTO, 21 de junio de 2013, Contra Karina Sepúlveda Cisternas por parricidio, RUC: 1101060685-5, RIT: 166-2012, Redactado por la juez Gladys Camila Villablanca Morales. Esta fue la segunda sentencia emitida por dicho Tribunal en la causa, pues la primera fue anulada por la Corte de Apelaciones de San Miguel tras un Recurso de Nulidad, ordenando que se hiciera un nuevo juicio.

Sepúlveda Cisternas, una mujer que mató a su conviviente mientras dormía, tras una convivencia de 18 años marcada por una extrema violencia. El tribunal absolvió a Karina Sepúlveda, usando, sin embargo, tres argumentos distintos y no enteramente compatibles para sostener su decisión: en primer lugar y siguiendo a Claus Roxin, señaló que la situación de Karina Sepúlveda era tan excepcional, tan irrepetible, que se hace innecesaria la imposición de una pena para intimidar a los demás¹⁷⁵. En segundo lugar, la sentenciadora dice que la acusada “vivía con un trastorno del ánimo reactivo, de violencia intrafamiliar prolongada en el tiempo. La persona no tiene alteración mental, no es peligrosa para sí ni para terceros y es responsable de sus actos. El diagnóstico mismo, el momento que ella hace de los hechos en las últimas horas, tiene un compromiso de conciencia que es un mecanismo que utiliza un ser humano, sin ser enajenada mental (...)”¹⁷⁶, ubicando al estado de necesidad en un punto medio entre la inimputabilidad y la inexigibilidad. En tercer lugar, señala que es irrelevante que la motivación de la acusada hubiese sido rabia y no miedo, lo mismo si lo hubiese planificado con anticipación (como argüía la Fiscalía), pues la situación de Karina

¹⁷⁵ TOP PUENTE ALTO. 2013, p. 32; citando a ROXIN, C. 1997, p. 898.

¹⁷⁶ TOP PUENTE ALTO. 2013, p. 44.

Sepúlveda era tan terrible, y sus perspectivas de escapar de ella tan limitada, que “si se miran desde la óptica de un hombre medio, plausiblemente también éste hubiera adoptado dicha decisión, pues como citó en su clausura el Ministerio Público, se trata de un hombre medio con las circunstancias del caso, un hombre medio con la violencia que vivía la enjuiciada y con el tipo de agresor ya analizado que era su conviviente.”¹⁷⁷ Los fundamentos que se usen para sostener un estado de necesidad exculpante no son irrelevantes, pues a diferencia de este caso, en que todos los argumentos parecen aprobar una exención de responsabilidad, pueden haber casos en que exista un trastorno al ánimo que sugiera una exculpación, pero sin embargo existan buenas razones preventivas para castigar; o un caso en que no existan razones preventivas para castigar, a pesar de que “desde la óptica del hombre medio” la acción tomada era lesiva e irracional.

En este capítulo se examinarán las distintas concepciones de la culpabilidad, desde la formulación normativa de Reinhard Frank, hasta nuestros días, analizando la concepción final, prevencionista, funcionalista, y de la teoría del discurso. Se omitirá un análisis de la concepción

¹⁷⁷ TOP PUENTE ALTO. 2013, p. 54.

psicologista del siglo XIX, pues ésta ha sido (casi totalmente) abandonada, y por lo tanto su influencia práctica es casi nula. Se dará particular énfasis a la concepción normativa, originada por Frank y seguida por sus discípulos, pues ella dio origen a varios de los elementos modernos de la culpabilidad que se encuentran en uso hoy en día, independiente de la concepción (no exigibilidad, valoración, normas de deber, conocimiento de la antijuridicidad, etc). Con la revisión de su desarrollo se puede aprehender la racionalidad detrás de varios de estos elementos, y dilucidar cómo afectan la cuestión de la exculpación.

Habrá un énfasis en la dogmática alemana, que es donde la mayoría de los conceptos en uso tuvieron origen, pero se hará mención también de juristas españoles y chilenos, para observar la recepción que tuvieron las ideas alemanas, además de los conceptos originales que surgieron de ellas. Posteriormente, se hará un análisis de las posturas críticas o divergentes, en particular para examinar las distintas formas que han tenido de resolver el problema del estado de necesidad exculpante, y cuál es su utilidad para nosotros hoy. Al final del capítulo se espera haber obtenido una respuesta a las interrogantes planteadas por el capítulo anterior: ¿qué exactamente es el estado de necesidad exculpante? ¿Cómo funciona? ¿Cuáles son sus límites?

2.1. Concepción normativa.

La concepción normativa se originó a principios del siglo XX, y tuvo una fuerte influencia en el desarrollo de las teorías posteriores. Construcciones que se han vuelto comunes en la dogmática penal tuvieron su origen en esta concepción, que fue recepcionada por las legislaciones de todo el mundo, y particularmente de Chile, lugar en el que fue mayoritaria hasta finales del siglo XX.

Hasta 1975, la regulación del estado de necesidad en Alemania era muy limitada: el Código Civil permitía la acción frente a peligros provenientes de cosas (artículo 228 BGB) y la intervención en bienes de terceros ajenos, siempre que sea necesaria para evitar un peligro (ahora conocido como estado de necesidad agresivo, artículo 908 BGB); y el Código Penal en sus artículos 52 y 54 eximía a quien actuaba para defender sus propios derechos vitales (vida, integridad, etc) o los de un tercero cercano (familia, cónyuge)¹⁷⁸. Debido a esta limitada regulación surgían constantemente lagunas en la interpretación, frente a las cuales nació la

¹⁷⁸ ROXIN, C. 1997, p. 671.

doctrina del estado de necesidad suprallegal, y toda la discusión alrededor de éste¹⁷⁹.

Reinhard Frank, defensor de la *teoría de la unidad* en el estado de necesidad (defendiendo la postura de que el estado de necesidad es siempre exculpante, independiente de si es regulado por el Código Civil o Penal), desarrolló la concepción normativa como respuesta a varias preguntas planteadas por esta eximente, que la doctrina dominante de la época dejaba sin responder. El mismo Frank fue variando su concepción con el tiempo, y sus discípulos la llevaron a distintas direcciones. James Goldschmidt y Berthold Freudenthal le dieron más contenido a las nociones que Frank enunciaba, y finalmente Edmund Mezger, quien le dio mayor solidez a las ideas desarrolladas anteriormente, difundió y popularizó esta concepción en España y Latinoamérica, llevándola al lugar de predominancia que tuvo entre nosotros durante varias décadas.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 672.

2.1.1. Reinhard Frank.

Desde finales del siglo XIX hasta principios del siglo XX imperaba en la doctrina alemana la llamada “teoría psicológica” de la culpabilidad, enmarcada dentro de una teoría causalista de la acción¹⁸⁰. La teoría del delito causalista tenía como base la acción, considerada sólo como un hecho de la naturaleza, en el cual la voluntad humana servía como simple impulso externo. La tipicidad es el análisis puramente objetivo de dicha acción, constatando que el resultado se subsuma en uno de los tipos penales. El proceso físico de la acción es valorado por el ordenamiento jurídico en atención a sus efectos sobre los bienes jurídicos protegidos, en el análisis de la antijuridicidad¹⁸¹. La culpabilidad era el nexo psicológico del autor con su acción, y su análisis estaba centrado en el aspecto subjetivo del hecho, es decir, el conocimiento y voluntad del autor al realizar la acción¹⁸². El dolo era entendido como la forma más grave de culpabilidad, cuando el autor actuaba con conocimiento y voluntad de producción del resultado

¹⁸⁰ BUSTOS, J. 1991, p. 138, MAURACH, R. 1962, pp. 17 – 18, MEZGER, E. 1957, p. 250.

¹⁸¹ BUSTOS, J. 1991, p. 139.

¹⁸² En palabras de Reinhard Frank: “*Según la doctrina dominante*, los conceptos de culpabilidad por una parte, y los de dolo o imprudencia, de otra parte, se relacionan como el concepto supraordenado de género al subordinado de especie” (énfasis en el original), en FRANK, Reinhard. 1966. Estructura del concepto de culpabilidad. Traducción de SOLER, Sebastián. Santiago, Editorial Universitaria, p. 26.

predictivo, y la imprudencia se relacionaba con la previsión (o la posibilidad de ésta) de la producción del resultado delictual¹⁸³.

En este contexto, Reinhard Frank desarrolló su teoría normativa de la culpabilidad. Frank admitía que la culpabilidad tenía su fundamento en la relación psíquica (independiente de si esta es cognitiva o volitiva) entre el sujeto y su acción, pero negando que la culpabilidad consistiera solamente de esa conexión¹⁸⁴. Frank toma como punto de partida un análisis del lenguaje cotidiano y de las valoraciones que éste hace de distintos comportamientos criminales. Como ejemplos, toma dos casos: “El cajero de una empresa y un cartero repartidor de valores cometen defraudación cada uno por su lado. El primero tiene una buena situación y carece de familia; pero tiene amantes dispendiosas. El segundo se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños. Si bien ambos saben que se apoderan ilícitamente de dinero ajeno, de manera que en cuanto hace al

¹⁸³ Para mayor información sobre la concepción psicológica: CEREZO MIR, José. 1997. Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26 – 40). 2da Edición. Madrid, Editorial UNED, p. 19, BUSTOS, J. 1991, p. 311.

¹⁸⁴ FRANK, R. 1966, pp. 9-12.

dolo no media diferencia alguna, todo el mundo dirá que al cajero le alcanza mayor culpabilidad que al cartero”¹⁸⁵.

Según Frank, entonces, existe una intuición moral respecto a que las circunstancias en las que se comete un crimen alteran la valoración de la culpabilidad de su autor. Estos factores están fuera de la mera relación psíquica de la persona con el hecho, y para Frank no había duda de que el ordenamiento jurídico positivo compartía esta valoración: prueba de ello era la atenuación de la pena a la madre soltera que comete infanticidio, o la atenuación para el homicidio emocional, ambas bajo el fundamento de que la persona era “menos culpable”¹⁸⁶. Más aún, si la culpabilidad constase solamente de dolo y culpa, entonces el estado de necesidad, que excluye la culpabilidad, sería absolutamente inexplicable, pues quien comete un hecho en estado de necesidad lo hace con pleno conocimiento y voluntad¹⁸⁷. Entonces, si el estado de necesidad excluye la culpabilidad, pero no excluye ni dolo ni culpa, entonces debe excluir algo más. La solución de otros juristas había simplemente sido cambiar el objeto de referencia: por

¹⁸⁵ La elocuencia en la expresión de Frank hacen necesario reproducirlos en su totalidad. FRANK, R. 1966, pp. 13-14.

¹⁸⁶ *Ibíd*, p. 16.

¹⁸⁷ *Ibíd*em.

ejemplo, Beling estableció la ausencia de estado de necesidad como condición de punibilidad¹⁸⁸. La respuesta de Frank, sin embargo, fue redefinir la culpabilidad completamente.

Para Frank, la culpabilidad es una categoría compuesta, formado por dolo, imprudencia, circunstancias concomitantes, e imputabilidad¹⁸⁹. Además, define la culpabilidad como reprochabilidad¹⁹⁰: un comportamiento es culpable cuando se le puede hacer a su autor un reproche por haberlo asumido¹⁹¹. Frank no profundiza esta definición, y se limita a decir, por ejemplo, que “el actuar culpable es el actuar reprochable”¹⁹² o que “el concepto de reprochabilidad viene a ser sólo una breve síntesis de los elementos de la culpabilidad. Su valor no está en sí mismo, sino en la referencia a lo que quiere caracterizar”¹⁹³. El concepto de reprochabilidad es, entonces, sintético, compuesto por los elementos de la culpabilidad, que son:

¹⁸⁸ *Ibíd*, p. 18. Veremos más adelante que una táctica común de los juristas, frente a la dificultad en definir el estado de necesidad, es sacarlo de la culpabilidad, estableciéndolo como excluyente de elementos distintos, como por ejemplo de la antijuridicidad (particularmente en Gimbernat), de la necesidad de la pena (en Roxin), de la atribuidad o de la responsabilidad por el hecho (en Maurach y Bacigalupo).

¹⁸⁹ *Ibíd*, pp. 25 - 28.

¹⁹⁰ Y por lo general los usa casi como sinónimos.

¹⁹¹ *Ibíd*, p. 29.

¹⁹² *Ibíd*em.

¹⁹³ *Ibíd*, p. 30.

- a) La aptitud mental normal del autor (imputabilidad).
- b) Una relación del autor con el hecho en cuestión (dolo) o la posibilidad de ésta (imprudencia).
- c) La normalidad de las circunstancias.

Es en el último elemento (la normalidad de las circunstancias) dónde está concentrado el aporte de Frank; lo define como la situación que debe presentarse para que sea posible actuar conforme a Derecho, y es excluida por situaciones de peligro, como el estado de necesidad o la legítima defensa. El caso al que recurre es el del famoso *Leinefänger*, juzgado por el Tribunal Supremo alemán el 23 de marzo de 1897. En ese caso, un cochero de una empresa de coches debía guiar a dos caballos “duros de boca” y que tenían la tendencia a enganchar la rienda con la cola, hecho que era conocido tanto por él como por su patrón. Por orden de su patrón (y en contra de sus propias objeciones) el cochero tuvo que hacer un viaje, durante el cual uno de los caballos enganchó la rienda con la cola, causando al coche una pérdida de control y provocando un accidente, en el cual un herrero que caminaba por el lado del camino sufrió una fractura de pierna. El Tribunal decidió absolver al cochero, aduciendo a que no debía considerársele obligado a hacer prevalecer la motivación conforme a

derecho por sobre el deseo de preservar su trabajo. Para Frank, esto demostraba que “...las circunstancias concomitantes, las condiciones bajo las cuales el acusado se encontraba en el momento crítico, son traídas a la culpabilidad”¹⁹⁴.

Por tanto, para Frank la normalidad de las circunstancias concierne a aquellas circunstancias en que es posible conformar la conducta a derecho. El énfasis en “lo posible” es por lo deliberado del uso de la palabra en Frank. Señala que “...lo que es posible sólo en general, puede no serlo en el caso particular, y así desaparece la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes comportaban para el autor o para un tercero un peligro del cual precisamente la acción prohibida lo podría salvar”¹⁹⁵. La forma en que Frank se expresa induce a pensar en que, las circunstancias cuya normalidad se exige, se refieren únicamente a un sustrato objetivo o fáctico¹⁹⁶: habla de que son las condiciones anormales las que excluyen la

¹⁹⁴ El Tribunal señala que debe balancearse “si debe considerarse al acusado obligado a sustraerse a la orden de su principal aceptando la pérdida de su puesto, toda vez que, al emplear el caballo que le asignaran para viajar, concientemente (sic) colocábase en la posibilidad de lesionar a alguien, o bien, si debió haber hecho prevalecer esta última consideración sobre el motivo que lo impulsaba al acatamiento de la orden del patrón”. De esto debe extraerse que, frente a la pregunta de cuál de los motivos debe tomarse en cuenta, el Tribunal prefirió el que el cochero efectivamente tuvo en el momento de la acción, FRANK, R. 1966, p. 34.

¹⁹⁵ *Ibíd*, p. 31.

¹⁹⁶ Al hablar de lo que es posible o imposible, hace quizás una premonición de lo que sería la teoría de la culpabilidad como la posibilidad de actuar de otro modo.

culpabilidad¹⁹⁷, y que dentro de esas condiciones se encuentra el peligro para el autor¹⁹⁸. Sin embargo, al ver su posición respecto del error, se ve que esto no es completamente así. Frank señala que:

“Si el autor se creyó en peligro *erradamente*, acaso de ello pueda derivar algún reproche para él, si no ha tenido en consideración la medida de prudencia que de acuerdo con las circunstancias del caso de él se podía esperar. Pero del hecho de que se salvara del peligro imaginario del mismo modo en que habría podido hacerlo del peligro real, no se le puede hacer reproche alguno. *Considerada en sí misma, la acción necesaria o la acción defensiva ejecutada en una defensa o en una necesidad putativas, es sin más ni más inculpable*”¹⁹⁹.

Continúa diciendo que sólo si el error es reprochable (en el sentido de que es censurable que el autor haya incurrido en ese error), la acción lo será. Esto quiere decir que incluso si las circunstancias son absolutamente normales en el plano objetivo, cuando el autor se representa (subjetivamente) las circunstancias como anormales, el resultado es el

¹⁹⁷ *Ibíd*, pp. 32-33.

¹⁹⁸ *Ibíd*, p. 45.

¹⁹⁹ *Ibíd*, pp. 45-46, énfasis en el original.

mismo: la exculpación. La normalidad de las circunstancias se refiere tanto a las circunstancias objetivas del hecho, como a las circunstancias subjetivas del autor: el hecho tal como se le presentaba en la psiquis, lo cual plantea contradicciones que Frank no resuelve²⁰⁰.

Es a partir de estos elementos que puede extraerse una versión más completa de la teoría de Frank sobre la culpabilidad, y particularmente de la idea de reproche. Éste es la censura dirigida a la subjetividad del autor por ponerse ésta en contra del derecho. Para que al autor le sea posible cumplir su deber y tener una conducta conforme a derecho, las circunstancias deben ser normales. Las circunstancias son tanto objetivas como subjetivas: la representación que tiene el sujeto sobre su situación es igual de relevante que la situación misma.

El estado de necesidad es para Frank siempre exculpante (tanto regulado por el Código Civil como por el Código Penal)²⁰¹, poniéndolo en la vereda de las teorías de la unidad. Se define específicamente por la

²⁰⁰ Por ejemplo, la siguiente pregunta: ¿qué pasa cuando las circunstancias anormales no son percibidas por el autor? De la redacción de su texto se pueden extraer dos respuestas contradictorias: por un lado, él dice simplemente que cuando las circunstancias son anormales, será imposible cumplir con el deber jurídico y eso excluye la culpabilidad; por otro lado, la única forma de que esas circunstancias tengan efecto en la conducta del autor es si éste se las representa (e incluso, si el autor se las representa y no existen, también tienen efecto exculpante) y, por lo tanto, tienen una naturaleza más bien subjetiva.

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 17.

ausencia de la normalidad de las circunstancias²⁰², ya sean éstas objetivas o subjetivas.

A pesar de los grandes avances realizados por Frank, su teoría adolece de varias áreas poco claras, lo cual dio origen a variadas críticas. Ernst von Beling señala que la normalidad de las circunstancias se refiere, ambiguamente, a elementos objetivos y subjetivos; Freudenthal, citando a Beling, dice que “el concepto frankiano de culpabilidad se volatiliza debido a su dependencia de las circunstancias concomitantes objetivas. Con ello se confundirían, de forma metódicamente arriesgadísima, los aspectos subjetivos y objetivos del hecho”²⁰³. Beling se refiere particularmente al efecto de las circunstancias anormales, pues estas sólo modificarían el juicio de reproche si es que el autor se las representa (las circunstancias anormales que el autor no percibe no tendrían efecto en el juicio de reproche), lo cual confunde los planos objetivo y subjetivo. La única forma de resolver esta contradicción sería darle importancia únicamente a las circunstancias tales como se las represente el autor en su psiquis, obviando

²⁰² *Ibíd*, p. 31.

²⁰³ FREUDENTHAL, Berthold. 2003. Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal. Editorial B de F: Buenos Aires, p. 68.

la situación objetiva²⁰⁴. Graf zu Dohna critica que no es clara la relación exacta de las circunstancias con la culpabilidad como conjunto. Se dice que excluye la reprochabilidad, pero no se conecta la idea misma de reprochabilidad con ella: simplemente se asume que siempre que las circunstancias son anormales, el autor actúa con una voluntad no censurable por el derecho, sin comprobar si efectivamente existe una contrariedad al deber o no²⁰⁵. Hermann Kriegsmann critica la estructura de la culpabilidad de Frank, en particular su categorización de las circunstancias concomitantes como un elemento autónomo, siendo que sólo entran en consideración cuando existe un reflejo subjetivo de éstas: su conocimiento (dolo) o el deber de conocerlas (culpa). Así, la normalidad de las circunstancias pierde su carácter normativo unívoco²⁰⁶.

Frank mismo fue cambiando su concepción de la culpabilidad en respuesta a sus críticos: en ediciones posteriores de su *Kommentar*, abandona la normalidad de las circunstancias por la motivación normal, la cual a su vez, en ediciones posteriores, es dejada de lado por la

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibid*, p. 69.

²⁰⁶ *Ibid*, p. 67.

consideración a las causas de exclusión de la culpabilidad²⁰⁷. El mejor intento de responder a las críticas desde su propia teoría está, sin embargo, en los trabajos de sus discípulos.

2.1.2. James Goldschmidt.

Goldschmidt fue uno de los seguidores de Reinhard Frank, y uno de los continuadores más importantes de su obra, junto a Berthold Freudenthal. Fue el primero en referirse ya expresamente a un concepto normativo de la culpabilidad en relación a un concepto de deber²⁰⁸, y señala que la culpabilidad es la “mayor o menor proximidad de la motivación a la motivación correcta”²⁰⁹, y que, cuando una motivación es incorrecta (y, por ende, culpable) es porque ha infringido una “norma de deber”²¹⁰.

Goldschmidt postula una determinada teoría de las normas, según la cual “al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior”²¹¹; la norma de deber es aquella norma que exige al individuo tener

²⁰⁷ GOLDSCHMIDT, James. 1943. La Concepción normativa de la Culpabilidad. Traducción de DE GOLDSCHMIDT, Margarethe y NÚÑEZ, Ricardo. Buenos Aires, Depalma, p.4; BUSTOS, J. 1991, p. 312.

²⁰⁸ BUSTOS, J. 1991, p. 312.

²⁰⁹ GOLDSCHMIDT, J. 1943, p. 5.

²¹⁰ *Ibíd*, p. 6.

²¹¹ *Ibíd*, p. 10.

una motivación conforme a derecho. Existen normas de comportamiento, que se refieren a la conducta exterior y a la causalidad; y las normas de deber, que se refieren a la conducta interior, y se reducen a mandatos: “¡Hazte detener de esta actuación de voluntad por la representación de que ello causaría un resultado prohibido!”, o, en caso de imprudencia, “¡Representáte en el momento de la actuación de voluntad de efecto mortal, este efecto!”²¹². En otras palabras, “hazte motivar por el derecho”.

Sin embargo, la motivación exigida por esta norma no se refiere a una mera pureza psíquica, pues toda motivación es, por definición, una voluntad de actuación: se hace efectiva cuando se actúa en base a ella. En caso de conflictos entre distintos motivos, aquel que se superpone al otro es aquel que toma forma como acción, y es precisamente en este caso en el que tiene efecto la norma de deber: en caso de conflicto de motivos, la norma exige al autor que haga predominar el motivo conforme a derecho; citando a R. Hirschberg, Goldschmidt señala que el Derecho “pide la victoria del motivo de la obediencia al derecho sobre todos los otros motivos...”²¹³.

²¹² *Ibíd*, p. 20.

²¹³ *Ibíd*, p. 11.

Goldschmidt le da gran importancia a la motivación, la cual es el objetivo directo del poder imperativo de las normas, y el elemento fundamental del comportamiento que es reglado por éstas. Esto se ve, entre otras cosas, en su tratamiento del error: al hablar de las causas de exculpación, dice que “Como ellas pertenecen al reino de la motivación, la errónea admisión de su existencia debe equipararse, desde luego, a su existencia real; la culpabilidad se ve como un reproche a la motivación, lo cual expresa un juicio a los valores que el autor efectivamente hace suyos en la acción.

Lo normativo en su teoría está dado por el juicio que se hace sobre la motivación, o más bien, por el sentido que adquiere ese juicio (no la motivación misma, pues ésta es sólo un elemento psicológico, “*la base psíquica de la reprochabilidad*”²¹⁴). Éste está dado por la relación de la motivación con una escala de valores objetivamente determinada. Al ser una medida absoluta, de acuerdo a la relación de la motivación con esta escala, se puede obtener una medida de su reprochabilidad. Esta valoración objetiva es descrita, siguiendo a Frank, como un reproche, o una desaprobación; Goldschmidt dice que: “Culpabilidad como modalidad de

²¹⁴ *Ibíd*, p. 8.

un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable”²¹⁵. La estructura total de la culpabilidad para Goldschmidt está orientada hacia este juicio de desaprobación: culpabilidad es la infracción del deber de motivación, y los otros elementos de ésta (dolo o culpa, imputabilidad) son presupuestos de esta capacidad de motivación que es enjuiciada. La culpabilidad es un “querer que no debe ser”²¹⁶.

El conjunto de las exigencias puestas en la motivación de los sujetos, que toman forma a partir del conjunto de normas de deber, es la exigibilidad. Para Goldschmidt, “exigibilidad es un *deber*”²¹⁷, la suma de todo lo que es debido por un sujeto. Esto presupone siempre un poder: dolo o culpa (en el sentido de la capacidad de conocer la situación de hecho y representarse los posibles resultados del actuar), e imputabilidad (como “dominio sobre el hecho”). Además de estos dos presupuestos, generalmente aceptados por la doctrina, Goldschmidt añade la motivación normal²¹⁸, en reemplazo de la normalidad de las circunstancias de Frank.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 23.

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 24.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 23, énfasis en el original.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 26.

La razón que llevó a Goldschmidt a postular su teoría fue, al igual que Frank, la existencia de las causas de exculpación, y en particular, el estado de necesidad. En la doctrina de la época, se debatía cuál era exactamente el fundamento de las causas de exculpación y cómo funcionaban. Frank ya había establecido que éstas excluían la reprochabilidad, y dentro de ésta, la normalidad de las circunstancias. Criticando este concepto, Eberhard Schmidt señalaba que, en casos de exculpación, más que un conflicto entre lo exigible por el derecho y lo posible por el sujeto, hay un conflicto entre las normas de derecho y las normas de autoconservación propias del individuo²¹⁹. Sin embargo, Goldschmidt señala que dichas normas (de autoconservación) pueden “ser determinadas por un egoísmo brutal”²²⁰, por lo que no existe razón para que el ordenamiento jurídico les dé un valor preponderante al determinar la responsabilidad, por lo que por sí mismas no pueden excluir la aplicación de normas de derecho. La respuesta es, para Goldschmidt, la existencia de las normas de deber, que son normas jurídicas que determinan las exigencias que el derecho impone específicamente a la autodeterminación de los sujetos (a su motivación), y también señalan las situaciones en que

²¹⁹ Eberhard Schmidt, citado por Goldschmidt, *Ibíd*, pp. 20-21.

²²⁰ *Ibíd*, p. 21.

estas exigencias dejan de tener efecto. Cuando existe tal situación, y el ordenamiento deja de exigir su cumplimiento a los sujetos, entonces éstos pueden guiarse por sus normas de autoconservación: el sujeto no violaría la norma de deber (pues no habría exigibilidad) y por lo tanto su comportamiento no sería culpable. Así, la motivación normal obtiene un estatus preferente entre los distintos elementos de la culpabilidad, pues, aunque no es el único componente de la exigibilidad, la motivación anormal es el único presupuesto de la no exigibilidad, y todas las causas de exculpación encuentran su fundamento en ella²²¹.

Con este desarrollo, la culpabilidad pasa, definitivamente, de ser un nexo psicológico avalorado, neutral, a un juicio de valor realizado al comportamiento del autor. La inexigibilidad se vuelve la directriz de la exculpación, y la motivación normal (basada en las normas de deber) se establece como el elemento esencial para determinar la inexigibilidad. Con Goldschmidt se acentúa el carácter normativo de la culpabilidad y su fundamentación ética. Esta tendencia sería continuada con más fuerza por Berthold Freudenthal.

²²¹ *Ibíd*, p. 31.

2.1.3. Berthold Freudenthal.

Berthold Freudenthal, cuya obra cumbre “Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal” fue publicada 1922, es responsable de la depuración y difusión de la idea de no exigibilidad²²², idea que fue adoptada y difundida por Edmund Mezger, y que luego pasó a ser parte del vocabulario básico del derecho Penal.

Freudenthal inicia su obra (en forma reminiscente a Frank) refiriéndose las intuiciones morales populares sobre la culpabilidad, diciendo que frente a varios casos, a un acusado “el jurista lo halla culpable; el pueblo, inocente”²²³. Lo que es juzgado en forma distinta es la reprochabilidad, entendida como la capacidad de formular un reproche o desaprobación a la conducta del autor, sea ésta dolosa o culpable. Para Freudenthal, el juicio de reproche integra toda la estructura de la culpabilidad; en sus palabras: “...podemos exigir, tanto en el dolo como en la culpa –que son especies de la culpabilidad- que al autor pueda ser formulado un reproche a su conducta”, es decir, que pueda ser censurado

²²² BUSTOS, J. 1991, p. 312.

²²³ FREUDENTHAL, B. 2003, p. 64.

por no abstenerse de haber realizado el tipo delictivo²²⁴ sin que sea necesario un elemento adicional para reconocer esta dimensión normativa: el juicio de exigibilidad está contenido en la estructura misma del dolo y de la culpa. Hay un reproche si en el caso particular el autor tenía un deber de evitar el hecho delictuoso. Habiendo un deber se dice que le era exigible actuar conforme a derecho, lo cual presupone que le haya sido posible en primer lugar: “El deber de evitar presupone poder evitar”²²⁵. Esta es la dimensión ética de la culpabilidad, que se suma a la dimensión psicológica (dolo y culpa) para formar el concepto normativo de culpabilidad.

La jurisprudencia ya había reconocido, en la época, la necesidad de un juicio ético en la culpa (imprudencia), además del juicio psicológico que la define: para que haya imprudencia, se debe comprobar no sólo que haya existido en el autor una falta de precaución (y si tenía la posibilidad de conocer y efectuar dichas medidas de cuidado), sino que haya existido también un deber de evitar el resultado finalmente dañoso²²⁶. No es suficiente que sea previsible la producción de un resultado perjudicial para

²²⁴ *Ibíd*, p. 77.

²²⁵ *Ibíd*em.

²²⁶ *Ibíd*, pp. 77-78. También reconocido por los juristas que redactaron el Proyecto de Código Penal Alemán de 1919, que señalan ambos elementos, psíquico y ético, como componentes de la imprudencia. *Ibíd*, p. 89.

que estén completos los requisitos del delito culposo, también es necesario que haya habido contrariedad al deber²²⁷.

Freudenthal se oponía al concepto formal de dolo que imperaba en la época, que se limitaba a la mera representación de las circunstancias del hecho y la voluntad de realización del autor, señalando que bajo esta definición también los inimputables obrarían dolosamente, y por tanto serían punibles²²⁸. Postula que el dolo también tiene una dimensión ética²²⁹, y que es necesario que se le pueda hacer al autor un reproche por el hecho, “si se podía esperar de él que no obrara”²³⁰. Cuando no fuera posible realizar este reproche (es decir, cuando no fuera exigible el cumplimiento del deber) se excluiría la culpabilidad.

El lado opuesto de la culpabilidad –bajo esta concepción- es la no exigibilidad de la conducta conforme a derecho. Así, tanto el estado de necesidad²³¹, como el error, se redefinen como formas de no exigibilidad. Para Freudenthal, la idea misma de culpabilidad, contiene el límite del estado de necesidad, aunque en su época esto no fuese expresado por la ley.

²²⁷ FREUDENTHAL, B. 2003, p. 79.

²²⁸ *Ibíd.*, p. 89.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 70.

²³⁰ *Ibíd.*, p. 84.

²³¹ “...como sabemos, el estado de necesidad, al igual que el error, representa el lado negativo de la culpabilidad.”, *Ibíd.*, p. 92.

Por lo anterior, define la no exigibilidad como una exculpante supralegal²³². Al estar contenida conceptualmente en la culpabilidad, para Freudenthal no se requería una causal de exculpación positivamente expresada, lo cual iba, incluso, en detrimento de la pretensión de validez generalizada de la idea de exigibilidad. Esto es aceptado, hoy en día, sólo para los delitos culposos (lo cual va en consonancia con su reconstrucción de la imprudencia), mas no en los dolosos, pues se piensa que traería mayor inseguridad jurídica²³³. Esta última idea, de la no exigibilidad como causal supralegal de exculpación, nunca fue aceptada totalmente por la doctrina, aunque sigue siendo visto como uno de sus grandes aportes²³⁴.

Su principal aporte resta en la reconstrucción de la culpabilidad (y de sus elementos constituyentes, el dolo y la culpa) como formada por dos dimensiones: una psicológica y una ética (o, como también se le llamaría, normativa), y la consolidación de la no exigibilidad como un elemento integral de la culpabilidad en su dimensión ética. Es de estos dos logros de los que se afirmarían aquellos que vinieron después en la construcción de la posterior doctrina de la culpabilidad.

²³² FREUDENTHAL, B. 2003, pp. 97-98.

²³³ ROXIN, C. 1997, p. 796.

²³⁴ Por ejemplo, MAURACH, R. 1962, p. 20; ROXIN, C. 1997, p. 796; CEREZO MIR, J. 1997, p. 21.

2.1.4. Edmund Mezger.

Edmund Mezger es uno de los teóricos más influyentes en la moderna doctrina Penal, y particularmente en Chile, donde la teoría normativa de la culpabilidad fue dominante por décadas (y podría incluso debatirse si es o no dominante hoy en día). Es el responsable de la gran difusión que tuvo la teoría normativa de la culpabilidad en Latinoamérica, sobre todo gracias a la visión sintética que elaboró, que facilitó el aprendizaje de varias generaciones²³⁵.

Mezger construye una teoría del delito con una fuerte dimensión normativa. Como parte de ello, la antijuridicidad es una valoración objetiva respecto de las circunstancias fácticas del hecho, y la culpabilidad, una valoración de la subjetividad del autor, la cual se expresa en el hecho²³⁶. La culpabilidad normativa²³⁷, está compuesta por dolo (entendido por Mezger como la voluntad de actuación) o culpa, ambas formas de la culpabilidad (dolo, la más grave, y culpa, más leve)²³⁸. Dice: “La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al

²³⁵ BUSTOS, J. 1991, p. 312.

²³⁶ MEZGER, E. 1935, Vol. I, pp. 287 - 288.

²³⁷ MEZGER, Edmund. 1956. La culpabilidad en el moderno Derecho Penal. Valladolid, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, pp. 17-19.

²³⁸ MEZGER, E. 1956, p. 20.

sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente”²³⁹. Siguiendo a Freudenthal, señala que la culpabilidad consta de dos partes²⁴⁰:

I) la expresión de la persona del sujeto, de su subjetividad (concretizada en la conexión psicológica con el acto, en la forma del dolo o la culpa),

II) el juicio valorativo sobre su comportamiento.

Para Mezger la culpa (o imprudencia) es la forma más pura y directa de la culpabilidad, pues es en sí un reproche²⁴¹ a la incapacidad del autor de cumplir con las normas de prudencia prescritas para el actuar en sociedad. El dolo, en cambio, requiere de más elementos para hacerse efectivo como forma de culpabilidad: el autor, además de querer su acción, debe conocer las circunstancias del hecho en conjunción con su significación jurídica, es

²³⁹ MEZGER, E. 1935, Vol. II, pp. 7 - 8. Énfasis nuestro.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 9.

²⁴¹ Mezger dice “...la “culpa” es “reprochabilidad”. Con esto adquiere aquella característica que según la concepción normativa de la culpabilidad caracteriza a la esencia de la culpabilidad”, MEZGER, E. 1956, p. 21.

decir, la antijuridicidad²⁴². El conocimiento de la antijuridicidad se vuelve esencial para la existencia del dolo, el cual es la voluntad, el querer. Un presupuesto indispensable de la voluntad es la cognición, pues “sólo lo representado puede ser contenido del querer”, y naturalmente, “lo no representado tampoco puede ser querido”²⁴³. Mezger llega a esta conclusión en base a su interpretación del párrafo 59 del antiguo Código Penal alemán, que dice:

“Si alguien, al cometer una acción punible, no conocía la existencias de circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal, no le serán imputadas estas circunstancias”.

Este conocimiento, para Mezger, no sólo comprende las circunstancias de hecho, sino que también de su significación jurídica²⁴⁴. Sólo así puede el dolo convertirse en una verdadera manifestación de la voluntad del autor, una voluntad cuya relación con el ordenamiento jurídico

²⁴² Estos dos elementos son tratados por Mezger como el “elemento intelectual” (el conocimiento) y el “elemento emocional” (la voluntad, que se expresa, siguiendo a Frank, necesariamente en una voluntad de acción, y no en una pura voluntad interna). MEZGER, E. 1935, p. 88.

²⁴³ *Ibíd.*, p. 87.

²⁴⁴ “Los tipos jurídico-penales toman en cuenta siempre, al describir, determinados “hechos” de cuya existencia depende la aplicación de la ley en el caso concreto (elementos típicos descriptivos). Pero valorizan al mismo tiempo estos hechos, sea en el ámbito de la aislada característica del tipo (elementos normativos), sea en la valoración conjunta de la acción punible; con otras palabras: atribuyen a aquellos hechos una determinada “significación””. *Ibíd.*, p. 88.

es luego valorada. Naturalmente, el error respecto de la significación jurídica, o la falta de conocimiento de ésta, excluye el dolo. Mezger dice: “Quien no sepa que obra antijurídicamente, no comete ninguna acción dolosa”²⁴⁵. Es el caso del error de prohibición²⁴⁶, que por definición excluye la conciencia de la antijuridicidad, y que por tanto excluye la culpabilidad²⁴⁷.

Estas referencias, en ambas formas de la culpabilidad, al deber y a la valoración normativa, se hacen presentes en las causas de exclusión de la culpabilidad, en particular en la no exigibilidad. Mezger señala que existe una zona intermedia, en los límites del deber jurídico, en la que el Derecho concede al sujeto la decisión última en relación a su responsabilidad. No puede reprocharse al individuo (es decir, aunque se vea que su conducta es dolosa o culposa, no se valora negativamente como contraria al

²⁴⁵ MEZGER, E. 1956, p. 29.

²⁴⁶ El debate respecto del *error sobre la antijuridicidad de la acción* se desarrollaba con bastante complejidad en la época, en particular respecto de si la *conciencia de la antijuridicidad* era un componente necesario del dolo. Esto iba de la mano con el debate respecto del lugar que debía ocupar el dolo en el esquema de la teoría del delito, y si éste debía de ser valorado o “neutral”. En particular, Mezger hace referencia a la **teoría de la unidad de la culpabilidad** (representada por Welzel y Maurach, y que será analizada en profundidad en la siguiente sección), la **teoría del dolo en sentido estricto** (que exige para la existencia del dolo, el conocimiento de la antijuridicidad del acto; sin éste último no hay dolo) y la **teoría de los grados de la culpabilidad** (afirma que hay distintos grados de culpabilidad, pero que el dolo no siempre es la forma normal de ésta). *Ibíd*, pp. 26 – 28.

²⁴⁷ MEZGER, E. 1935, pp. 110 – 112.

ordenamiento) cuando, en esta zona límite, se pone contra el Derecho, “Pues otra conducta “*no podía exigirse*” del sujeto en tal situación ”²⁴⁸.

Esta reconstrucción del concepto de culpabilidad hizo surgir varias dudas en la doctrina de la época, entre ellas el por qué no podía exigirse otra conducta del sujeto, si era precisamente su deber. Él intenta responder a estas dudas examinando los casos de no exigibilidad resueltos por los Tribunales. En el conocido caso del *Leinefänger*, por ejemplo, Mezger dice que al procesado “no podía serle exigido que perdiera “su colocación y su pan”, negándose a ejecutar la acción peligrosa”; o en el caso de un hombre que fue exculpado del crimen de alcahuetería (promoción o tolerancia de conductas impúdicas, como la prostitución o el adulterio) por haber obrado bajo coacción, dice que el Derecho es limitado cuando al sujeto “no puede serle exigido cumplir dicho precepto, en tanto se expusiera, en caso de acatarlo, al peligro de sufrir una pena”²⁴⁹. Es más claro en el caso de un padre, acusado de haber impedido una intervención quirúrgica en su hijo, que fue exculpado por haber obrado “por motivos que aprueba la ley

²⁴⁸ *Ibíd*, p. 184. Énfasis en el original.

²⁴⁹ *Ibíd*, pp. 184 – 185. Esta clase de tautologías (i.e.: “en el caso se presentaba una causal de no exigibilidad porque al acusado no podía serle exigido sufrir el peligro”) son bastante frecuentes.

moral”²⁵⁰. La referencia a la ley moral se hace general en la fundamentación última de la exclusión de culpabilidad por no exigibilidad: en esa zona límite, se otorga primacía a la valoración personal del autor por sobre la de la ley. Esta valoración, sin embargo, no puede alterar radicalmente la valoración legal, sólo completarla²⁵¹.

Mezger ve en ello un corolario lógico de la teoría del delito. De la misma forma que el principio de ponderación de bienes se erige como fundamento de la justificación, en base a la estructura misma de la antijuridicidad, la no exigibilidad es el fundamento de la exculpación²⁵². La dimensión ética de la culpabilidad implica reconocer la libertad de cada individuo en definir su propio comportamiento y sus propias esferas de acción, y esto debe dar lugar, cuando las normas jurídicas son insuficientes, o no dan una solución a una determinada situación, a los juicios individuales.

Con Mezger, la teoría normativa de la culpabilidad tomó su forma definitiva, y sería a su esquema al que se referirían los teóricos posteriores. Las críticas profundas a la concepción normativa de la culpabilidad, que

²⁵⁰ *Ibíd.*, p. 185.

²⁵¹ *Ibíd.*, pp. 186 – 187.

²⁵² *Ibíd.*, p. 188.

dieron paso a las teorías de la siguiente generación, serán analizadas en profundidad en la siguiente sección, al referirnos a la teoría de la acción final.

2.1.5. La crítica de Heinrich Henkel.

La categoría de la no exigibilidad fue elevada, por la teoría normativa, al puesto de *ratio legis* de las causas de exculpación, el cual fue interpretado por los Tribunales como la base de un estado de necesidad supralegal. Goldschmidt, Freudenthal y Mezger lo caracterizaron como la referencia a los deberes penales, y el fundamento del juicio de reproche, definida como la desaprobación por haber contravenido los deberes penales. Frente a esto responde Heinrich Henkel en su trabajo “Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo”, quien señala que esa forma de entender la exigibilidad no hace justicia a la verdadera extensión del concepto. Henkel se rebela particularmente contra el estado de necesidad supralegal, cuyo uso condena como una “tendencia destructiva” en los Tribunales alemanes²⁵³.

²⁵³ HENKEL, Heinrich. 2005. Exigibilidad e inexigibilidad como principio normativo. Traducido por GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Buenos Aires, Editorial B de F, pp. 61 – 62.

En este trabajo Henkel distingue entre principios normativos y regulativos. Los principios normativos son aquellos que llevan en sí un contenido deóntico, estableciendo premisas mayores de decisión en la aplicación judicial. Principios generales como “buenas costumbres” o “buena fe” son normativos, pues a pesar de su indeterminación, tienen un núcleo de contenido que el legislador da al juez como directriz para sus decisiones. Los principios regulativos, por el contrario, no entrañan contenido deóntico ni medida de valor: son del todo neutrales, y por lo tanto no procuran normas ni anticipan el contenido de las sentencias; son una instrucción de recurrir, en los casos individuales, a la situación concreta para desarrollar la norma. Implican una renuncia del legislador a establecer normas, y por tanto una entrega de la decisión a la autonomía del juez²⁵⁴.

Para Henkel, la cláusula de exigibilidad es un principio regulativo y, por tanto, con significado “apenas tautológico”, funcionando como una “cáscara vacía” que debe rellenarse con elementos materiales de los principios normativos del ordenamiento jurídico²⁵⁵. Así, sostiene que la exigibilidad es un principio regulativo que interviene en todo el

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 126.

²⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 127 – 128.

ordenamiento jurídico, en función del principio básico de que “las reglas del Derecho pueden desarrollar ilimitadamente su fuerza obligatoria sólo para las formaciones de casos previsibles según las reglas del mundo, y que, en cambio, hay que aflojar su rigidez y desgastar sus ángulos cortantes frente a una conformación enteramente anormal de las reales circunstancias que yacen en la base de las relaciones jurídicas”²⁵⁶.

En el Derecho Civil el principio opera morigerando los efectos del principio *pacta sunt servanda*, para adaptar los contratos a las situaciones imprevistas, o para la interpretación judicial de los contratos, cuando se incluyen cláusulas que, por ejemplo, permiten terminar los contratos “con justa causa”. En el Derecho Público esto se ve en casos de expropiación, al juzgarse si el Estado debe indemnizar a los particulares por su intromisión en la esfera privada: allí se decide en base a si es “económicamente exigible” al afectado tolerar esa lesión a su propiedad. En el Derecho Internacional se usa para dar aplicación a la cláusula *rebus sic stantibus*²⁵⁷. Henkel dice que el principio de exigibilidad reclama la misma significación

²⁵⁶ *Ibíd.*, p. 63.

²⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 64 – 72.

para todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, y que no puede limitarse a la teoría de la culpabilidad²⁵⁸.

En el Derecho Penal, la exigibilidad cumple un rol relevante también en las categorías del tipo y del injusto. Por ejemplo, la legítima defensa está limitada por la exigencia de que la defensa haya sido “indicada” y “necesaria”, con el fin de excluir la defensa abusiva o la moral homicida²⁵⁹. Sin embargo, ambos criterios se muestran insuficientes para juzgar con justicia los casos complejos de defensa, como aquellos en que hay vínculos de parentesco, o el agresor actúa inimputablemente o bajo error, o aquellos en que la justicia exige retroceder si es que hay posibilidades de alcanzar una solución pacífica. Esto ha causado que la jurisprudencia haya ampliado los criterios valorativos que deben incluirse al decidir sobre la defensa, desperfilándolo y sacrificando la previsibilidad para los casos particulares²⁶⁰. Para Henkel, la solución a este dilema ha sido el principio de exigibilidad, que ha acaparado todos los criterios valorativos dispersos, y los ha unido bajo una sola racionalidad²⁶¹.

²⁵⁸ *Ibíd.*, p. 73.

²⁵⁹ *Ibíd.*, p. 79.

²⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 81 - 82.

²⁶¹ *Ibíd.*, p. 83.

En los delitos de omisión es también el principio de exigibilidad el que determina los límites del deber de garantía cuya infracción es sometida a sanción penal, aunque según Henkel los Tribunales han atribuido esto, erróneamente, a la categoría de la culpabilidad²⁶². Henkel soluciona este error diciendo que en estos delitos, el tipo no puede cumplir una función de tipificación firme, el cual además coincide con la antijuridicidad, pues la omisión típica es aquella que produce un resultado lesivo, resultado que funda el contenido de injusto. Por lo anterior, se presenta la fórmula de la exigibilidad para determinar el ámbito concreto del injusto típico en la omisión impropia, considerando todas las relaciones jurídicas presentes en el caso²⁶³.

Henkel llega a esta conclusión a través de su examen de la exigibilidad como fundamento de una causa de exculpación suprallegal. Él concuerda con los pioneros de la culpabilidad normativa en que hay una infinidad de casos de necesidad que no son resueltos taxativamente por el legislador, pues es imposible hacer reglas concretas para todos ellos, ni tampoco son resueltos por el principio de ponderación o por el estado de

²⁶² *Ibíd*, pp. 90 – 92. La adscripción de los delitos culposos al principio de exigibilidad ya había sido hecha por Freudenthal, *Supra* pp. 106ss.

²⁶³ HENKEL, H. 2005, pp. 93 – 94.

necesidad legalmente regulado²⁶⁴. Frente a ello, estos autores han postulado una causa de exculpación extralegal, y al principio de exigibilidad como fundamento de éste. Aunque Henkel concede que este principio tiene como función “la concreta determinación de los límites dudosos de la exigencia de deber contenida en el elemento normativo de la culpabilidad”²⁶⁵ (como la medida de los deberes que se esperan del sujeto activo) ello no debe interpretarse como el fundamento, por sí mismo, de una causa de exculpación extralegal. En todos los casos en los que se alega una causa de exculpación extralegal (por ejemplo, el famoso caso de los “médicos de Hitler”), Henkel señala que no se aplican otra cosa que los principios estándares de la culpabilidad, por lo que es innecesario buscar más allá de ellos. La sola falta de reprochabilidad funda la ausencia de responsabilidad, sin que haya que recurrir a una causa de exculpación extralegal basada en la inexigibilidad. Al no usarse como fundamento, un uso más exacto del principio de exigibilidad sería la demarcación del elemento normativo de la culpabilidad, y de la delimitación de la exigencia de deber en todos los ámbitos del Derecho, no sólo el Penal²⁶⁶.

²⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 117 – 118.

²⁶⁵ *Ibíd.*, p. 120.

²⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 121 – 124.

2.1.6. Doctrina hispanohablante.

Representantes de la teoría normativa compleja en el ámbito hispanohablante hay varios, que han ocupado posiciones prominentes en la discusión de las ciencias penales desde la popularización de esta teoría hace 50 años, entre ellos Luis Jiménez de Asúa, Alfredo Etcheberry, Eduardo Novoa Monreal, y Sergio Politoff.

Luis Jiménez de Asúa reviste particular importancia en este grupo, por su labor de difusión de la doctrina alemana en el ámbito latinoamericano. Su doctrina encuentra plenamente dentro de la concepción normativa de la culpabilidad²⁶⁷, en particular la formulación de Mezger²⁶⁸, adoptando por tanto, su estructura del delito, y su definición de culpabilidad. Dentro de sus innovaciones está la reconstrucción de la no exigibilidad como la expresión de la convicción de que existía un deber jurídico privado²⁶⁹. Esta referencia a la convicción, o la motivación, es explorada por Jiménez de Asúa en la forma de la “norma de cultura”.

²⁶⁷ BUSTOS, J. 1991, p. 122.

²⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 1950. El Criminalista, tomo II. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, pp. 329 – 332.

²⁶⁹ *Ibíd*, p. 341.

Jiménez de Asúa sostenía que las causas de exculpación por no exigibilidad son supralegales por naturaleza, las cuales tienen su fundamento en un su “conformidad teleológica con la norma de cultura”²⁷⁰, a la cual le da primacía por sobre las construcciones positivas del derecho²⁷¹, pero sin ignorarlas completamente. Para él, la no exigibilidad es una adaptación individual de la valoración penal, es decir, una fundamentación individual y de carácter personal respecto del deber al cual está sujeto un individuo. Esta valoración se deriva de la ley positiva, y su objetivo es completarla cuando sea insuficiente²⁷². Al encontrarse la no exigibilidad dentro del reino de las valoraciones, y teniendo una fundamentación puramente subjetiva, es apta únicamente de excluir la culpabilidad, lo cual se evidencia en el estado de necesidad: “La “no exigibilidad de otra conducta” es, si vale la expresión, un estado de necesidad subjetivo; por eso no es más que una simple causa de inculpabilidad y no una causa de justificación”²⁷³.

²⁷⁰ *Ibíd*, p. 335.

²⁷¹ Jiménez de Asúa le daba gran importancia a la interpretación teleológica y las concepciones supralegales del derecho, diciendo que eran un camino importante hacia la obtención de justicia en el derecho, camino obstruido por los positivismos cerrados y formalistas. *Ibíd*, p. 336

²⁷² *Ibíd*, p. 332.

²⁷³ *Ibíd*, p. 353.

Alfredo Etcheberry es proponente de una concepción *sui generis*, que mezcla aspectos del finalismo y de la teoría normativa compleja. Señala que la culpabilidad es la “reprochabilidad de una acción típicamente antijurídica, determinada por el conocimiento, el ánimo y la libertad de su autor”²⁷⁴, incluyendo dentro de ella la imputabilidad, un elemento cognitivo (conocimiento de la acción, cuya ausencia lleva a error o negligencia) y un elemento volitivo (equiparado al dolo). Etcheberry defiende postura de que la voluntad debe analizarse como componente de la acción (y no de la culpabilidad), pero dice que en cuanto tal carece de valoración; el tipo se mantiene siempre neutral y objetivo, como una descripción pura del hecho²⁷⁵. La culpabilidad se entiende como el juicio de reproche, cuyo objeto es la voluntad expresada en la acción, y contiene todos los elementos necesarios para formular ese juicio, entre los que se incluye la indagación a los elementos volitivo y cognitivo del sujeto (incluyendo así el estudio del dolo y la culpa dentro de la culpabilidad)²⁷⁶. Ambos elementos se sostiene en la libertad humana, pues sólo en la capacidad para tomar decisiones con autonomía de voluntad y conocimiento puede justificar el reproche a dicha

²⁷⁴ ETCHEBERRY, A. 1999, p. 277.

²⁷⁵ *Ibíd*, p. 275.

²⁷⁶ *Ibíd*, pp. 276 – 277.

voluntad, sin ella no hay acción²⁷⁷. La inexigibilidad se basa en la falta de libertad, debido a la situación extraordinaria en la que se ve envuelto el actor. Etcheberry dice que el Código Penal chileno, al señalar que la acción debe ser voluntaria, prescribe que esta debe ser “libre, ejecutada sin coacción o necesidad interior”²⁷⁸. En el estado de necesidad, las circunstancias ejercen una violencia tal sobre la voluntad del actor, que lo empujan a tomar cursos de acción que de otra forma no habría tomado, negando su libertad. Esto debe ser examinado en los casos particulares, pues no todo acto de presión externa niega la libertad²⁷⁹.

Eduardo Novoa Monreal defiende una versión más ortodoxa de la culpabilidad, definiéndola como el reproche que “se formula al sujeto, porque siendo racional y libre no se determinó en la forma que le señalaba su deber jurídico, existiendo para él el poder evitar el hecho injusto”²⁸⁰. La culpabilidad tiene dos partes: la culpabilidad en sentido amplio (reprochabilidad) es la parte ética, la contrariedad al deber; y la culpabilidad en sentido estricto, definida como la disposición anímica del sujeto activo,

²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 180.

²⁷⁸ *Ibíd.*, p. 345.

²⁷⁹ *Ibíd.*, p. 346.

²⁸⁰ NOVOA, E. 2005, p. 462.

en relación al hecho antijurídico²⁸¹. Dentro de la disposición anímica identifica a los elementos volitivo y cognitivo, que se expresan en las categorías de dolo y culpa. La inexigibilidad se basa en la falta de libertad que sufren las personas cuando median circunstancias especiales, porque “han cesado las condiciones para las cuales fueron dadas las exigencias normativas”²⁸². Estas circunstancias influyen con tal fuerza en la decisión del agente, que sería necesario un poder de resistencia heroico para resistirlas, y por lo tanto se excluye el reproche²⁸³. Tras esto hay un reconocimiento a que “la condición humana tiene flaquezas que el legislador, realistamente, no puede sino reconocer como existentes, la ley penal, dictada para la generalidad de los individuos, no puede pretender ser aplicada al caso”²⁸⁴.

Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, y Cecilia Ramírez adoptan una postura similar respecto del fundamento de la culpabilidad y su lugar en la estructura del delito²⁸⁵. Sobre la inexigibilidad señalan también que ésta se origina en situaciones extraordinarias que impliquen un estímulo anormal

²⁸¹ *Ibíd.*, pp. 462 – 463.

²⁸² *Ibíd.*, p. 527.

²⁸³ *Ibíd.*, p. 528.

²⁸⁴ *Ibíd.*, p. 530.

²⁸⁵ POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. 2004, pp. 243 – 246.

en la subjetividad del autor. El análisis de inexigibilidad busca discernir si es que el sujeto tuvo la capacidad de obrar distinto, en referencia a las circunstancias particulares del caso, por lo que se debe responder “a la pregunta acerca de si el sujeto, atendidos su sexo, edad, grado de instrucción, experiencia, fortaleza física y rasgos de personalidad habría podido, presumiblemente, actuar diversamente”²⁸⁶. Por ende, difieren de la opinión generalizada de que este análisis se haga bajo la óptica del hombre común, por su amplitud e imprecisión. La inexigibilidad del estado de necesidad exculpante es distinguible claramente de la mera alteración anímica provocada, por ejemplo, por el miedo insuperable, y debe determinarse de acuerdo a las circunstancias que rodean el hecho²⁸⁷.

Lo interesante de su posición es que, además de las causas legales de exculpación (miedo insuperable, fuerza irresistible, omisión por causa insuperable, encubrimiento de parientes y obediencia debida) postulan la posibilidad de una eximente supralegal, tomando como base la teoría de Freudenthal. Esta eximente estaría basada en el rol de la inexigibilidad como principio rector de la culpabilidad. En casos que escapen de las

²⁸⁶ *Ibíd*, pp. 338 – 339.

²⁸⁷ *Ibíd*, p. 345.

eximentes legales pero en que se reconozca que el sujeto se encontraba en una situación en que no era capaz de impedir la comisión (u omisión) del hecho, podría otorgarse una exculpación como una forma general de exclusión del reproche. El fundamento legal en la regla que impone al Tribunal, como requisito para la condena, la convicción sobre la culpabilidad del acusado (artículo 340 del Código Procesal Penal)²⁸⁸.

2.2. Concepción normativa de la culpabilidad en el finalismo

Es a partir del finalismo que se puede empezar a hablar de una teoría normativa pura de la culpabilidad²⁸⁹; sus defensores se refirieron a la teoría de Frank y sus seguidores como teoría normativa “compleja”, por la mezcla que hace en la culpabilidad de elementos psicológicos y normativos, en contraposición a la teoría de la acción finalista, en la que la culpabilidad está compuesta sólo de elementos normativos.

Hasta entonces, la teoría causalista (el así llamado “esquema Liszt – Beling”) definía la conducta como un mero movimiento corporal, con efectos en el mundo. La antijuridicidad consistía en la valoración de tal proceso físico de acuerdo a su relevancia para el ordenamiento jurídico, y la

²⁸⁸ *Ibíd*, pp. 358 – 360.

²⁸⁹ ROXIN, C. 1997, p. 796.

culpabilidad era la relación psicológica del sujeto con su hecho. La teoría normativa de la culpabilidad no transformó fundamentalmente este esquema, sino que le añadió una dimensión ética (valorativa), en el tipo y la antijuricidad (al descubrir los elementos subjetivos y normativos del tipo), y más importantemente, en la culpabilidad²⁹⁰. Sin embargo, esto introdujo complicaciones imprevistas en el seno de la teoría del delito, como lo evidencian los trabajos de los precursores de la teoría finalista Graf zu Dohna y Hellmuth von Weber²⁹¹.

Dohna fue el primero que identificó la contradicción, dentro de la culpabilidad, entre el objeto valorado y la valoración: el dolo, para la concepción normativa, es al mismo tiempo el objeto valorado y la valoración²⁹². La mezcla de dimensiones normativas y psicológicas, y de distintos niveles de juicio, en un mismo elemento (la culpabilidad) resultó mucho más compleja y engorrosa que lo que inicialmente pensaron sus defensores, el más importante de ellos Mezger. Por ello, Dohna proponía que el dolo se convirtiera en una pura característica del acto, que sería

²⁹⁰ BUSTOS, J. 1991, pp. 139 - 141.

²⁹¹ WELZEL, Hans. 1997. Derecho Penal Alemán. Parte General. 11va Edición. Traducción de BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. 4ta edición en español. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 168 – 169.

²⁹² BUSTOS, J. 1991, p. 142. Distinto es el caso de la culpa (imprudencia), que por su esencia misma es una valoración, y por lo tanto sigue perteneciendo a la culpabilidad.

valorado posteriormente por la culpabilidad²⁹³. Von Weber, distinguió, dentro de la estructura del delito, al “deber ser” (el injusto) del “poder” (la culpabilidad). Partiendo de lo propuesto por Dohna, consideró a la acción y su contenido (dolo y culpa) como las bases del deber ser. Posteriormente debía determinarse, con el juicio de culpabilidad, si el sujeto había tenido el poder de actuar de otra forma. Según las críticas del momento, la práctica jurisprudencial se vería seriamente afectada si se persistiera en la teoría del delito según la concepción normativa, dando como resultado una pérdida de significado de conceptos tan esenciales como el dolo mismo, y de una confusión jerárquica entre los distintos elementos del delito²⁹⁴. A pesar de sus avances, ninguno de estos teóricos superó completamente los problemas del causalismo, y por lo tanto siguieron sufriendo de varias de las confusiones de que éste adolecía²⁹⁵. Por ello la teoría de la acción final reformó radicalmente el sistema de la teoría del delito, dando paso a su nuevo concepto de acción. Para esta teoría la acción tiene siempre una finalidad: el comportamiento siempre se orienta a un fin, un destino tal

²⁹³ MAURACH, R. 1962, vol. 2, pp. 21 - 22.

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 23.

²⁹⁵ BUSTOS, J. 1991, p. 143.

como es determinado por la voluntad y el saber previo del sujeto. Por ello, el dolo se coloca definitivamente en el tipo²⁹⁶.

Lo normativo pasa a ser parte de toda la estructura del delito: el tipo (ya conteniendo al dolo) tiene elementos objetivos y subjetivos, descriptivos y valorativos (pues implica definir la conducta del sujeto en relación a las normas o deber infringidos). La antijuridicidad describe la relación del hecho típico realizado con el ordenamiento jurídico, y finalmente la culpabilidad se erige como un juicio a la capacidad de motivación y actuación del sujeto²⁹⁷, deshaciéndose completamente de los elementos psicológicos descriptivos que tenía anteriormente. La culpabilidad para Welzel es el reproche a la voluntad del sujeto, por haber realizado una acción antijurídica cuando podía omitirla²⁹⁸. Para que se pueda hacer este reproche es necesario que el sujeto tenga la capacidad psíquica de motivarse de acuerdo a la norma (la imputabilidad), y que esté en situación de motivarse de acuerdo a la norma (que pueda tener comprensión del injusto)²⁹⁹.

²⁹⁶ *Ibidem*. Ver también MAURACH, R. 1962, p. 12.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ WELZEL, H. 1997, p. 166.

²⁹⁹ *Ibid*, pp. 169 – 170.

El jurista alemán Hans Welzel parte de una concepción del ser humano como un ser responsable por definición: el humano es “un ser erigido sobre la propia responsabilidad; este es el criterio decisivo que lo separa ya existencialmente (...) y no sólo normativamente (...) de todo el mundo animal”³⁰⁰. La responsabilidad es aquello que lo separa de los instintos, de la irracionalidad. El pensamiento y la capacidad de ordenarse de acuerdo a ideas da al humano la posibilidad de la libertad, y con ello, la responsabilidad. El funcionamiento de la conciencia racional no está del todo desligado de los impulsos instintivos. Hay una diversidad de estratos en la psique: un estrato “profundo”, de impulsos vitales, inconscientes; y un estrato más “elevado”, la parte racional y sensible³⁰¹. La libertad no es la ausencia de toda determinación externa, como señala el indeterminismo. Las determinaciones externas, los impulsos instintivos, están siempre presentes, y funcionan como infraestructuras de la acción, mas es el sujeto mismo el que decide tomar responsabilidad por esos actos y dotarlos de

³⁰⁰ *Ibíd*, p. 171.

³⁰¹ *Ibíd*, p. 172 - 175.

contenido, de sentido. Es esto, el actuar conforme a sentido, lo que define la libertad³⁰².

Dada semejante concepción de la libertad, la culpabilidad se describe como “la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello”³⁰³. Continúa Welzel diciendo que no es el decidirse libremente en favor del mal, sino que el dejarse llevar por los impulsos, sin ser capaz de darles un sentido. El delito se define como la “falta de uso de la libertad”³⁰⁴, no es un acto libre de autodeterminación (pues, como ya se dijo, las determinaciones básicas, impulsivas, siempre están presentes) sino que el fracasar en actuar conforme a sentido, en un sujeto responsable³⁰⁵. Cuando se habla del reproche de culpabilidad por una acción antijurídica, el

³⁰² “La libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido”, *Ibíd*, p. 176.

³⁰³ *Ibíd*, p. 177.

³⁰⁴ *Ibíd*em.

³⁰⁵ La **culpa (o imprudencia)** en Welzel proviene de un juicio similar efectuado a la personalidad del autor. Welzel ve en la personalidad la suma de las acciones realizadas por una persona, a las que se las ido dotando de sentido. Una persona que ha fallado consistentemente en actuar conforme a sentido es una persona impulsiva, poco cuidadosa.

En la vida cotidiana se realizan muchos actos automáticamente, sin pensar específicamente en su realización o consecuencias, debido a nuestra capacidad de aprendizaje y mecanización: cuando realizamos actos todos los días, los hacemos cuidadosamente al principio, pero a medida que se vuelven más familiares, nuestro cuerpo aprende a realizarlos sin que tengamos que pensar en ellos.

La culpa es un defecto en esta automatización: es la ejecución de un acto en forma mecánica, sin considerar los peligros de la situación y los límites de la propia actuación automática. *Ibíd*, pp. 178 – 181.

sentido al cual el autor debía orientarse es el prescrito por el ordenamiento jurídico³⁰⁶.

Hay dos presupuestos esenciales de la culpabilidad: la capacidad de culpabilidad (también conocida como imputabilidad) y la posibilidad de la comprensión de lo injusto³⁰⁷. El primero hace referencia a todas las cualidades psíquicas que debe tener una persona para poder autodeterminarse. La capacidad de culpabilidad tiene dos momentos: uno cognoscitivo (intelectual, la posibilidad de comprensión del hecho y sus significancias) y volitivo (referente a la capacidad de formarse una voluntad)³⁰⁸. En cuanto a la posibilidad de conocimiento del injusto, dado que lo que se reprocha al autor es que “habría podido construir su voluntad de acción conforme a derecho en vez de una antijurídica”³⁰⁹, es necesario que éste haya podido al menos intuir la antijuridicidad de su acción, pues sólo así ésta puede convertirse en un contramotivo determinante de la voluntad³¹⁰. El sentido que debe determinar las acciones es el orden de la comunidad, sobre el cual se construye el ordenamiento jurídico, por lo que

³⁰⁶ *Ibíd.*, p. 186.

³⁰⁷ Semejante a lo ya descrito por Mezger.

³⁰⁸ WELZEL, H. 1997, pp. 182 – 185.

³⁰⁹ *Ibíd.*, p. 187.

³¹⁰ *Ibíd.*, p. 195.

no es necesario que el autor conozca el concepto jurídico, o la ley penal misma, mas tampoco se hace referencia con esto a una mera ley moral³¹¹: el delito es el atentado contra los valores ético-sociales fundamentales de la vida comunitaria³¹², a través de una acción voluntaria³¹³.

Cuando falta cualquiera de estos dos elementos (imputabilidad, o posibilidad de comprensión del injusto) no hay culpabilidad. Se puede, sin embargo, eximir de pena a un individuo, si ha realizado voluntariamente una acción antijurídica y culpable, cuando exista una causa de inexigibilidad de la conducta conforme a derecho. Éstas se definen por dos aspectos que deben actuar copulativamente para producir la exculpación³¹⁴:

a) Una situación extraordinaria de motivación, es decir, aquella en la que se encuentra disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma. Es, en general, una situación en la que hay peligro vital para el autor o para sus seres más cercanos. Allí, el Derecho se muestra indulgente con la

³¹¹ *Ibíd*, p. 202.

³¹² *Ibíd*, p. 203.

³¹³ La culpa (o imprudencia) también requiere conocimiento de la antijuridicidad, pero en una construcción ligeramente distinta. Lo que se juzga en la culpa es la acción automatizada que no adopta las prevenciones necesarias para evitar daños a terceros (deber de cuidado). Para evitar conductas lesivas debe tener el conocimiento necesario para saber cuándo su conducta puede provocar daños. El autor debe ser capaz de prever que su conducta tendría resultados dañinos o que infringiría su deber de cuidado. Sin la posibilidad de esta previsión, no existe imprudencia. *Ibíd*, pp. 206 – 207.

³¹⁴ Ambos en *Ibíd*, p. 210.

debilidad humana, de quien elige salvarse a sí mismo o a sus parientes por encima del seguimiento de las normas. Welzel dice que, cuando hay una amenaza tan grave a la integridad corporal o la vida, “la obediencia al derecho implicaría al autor un sacrificio tan grande, que no se le puede exigir en general una conducta conforme a derecho en consideración al instinto de conservación”³¹⁵.

b) Una disminución del injusto. Dado que, aunque sea por debilidad, el sujeto elige salvar un bien jurídico valioso para el Derecho (su propia vida o las de sus parientes), su acción tiene un fin legítimo, si bien el medio usado es ilegítimo (pues se comete un delito: se usa a otra persona, o a sus bienes, como meros medios para la salvación propia, lo cual está en contra de la dignidad humana protegida por el Derecho).

Ninguno por sí solo puede fundamentar una exculpación: el primero pues, aunque hay una disminución considerable de la capacidad de motivación conforme a derecho, ésta no desaparece completamente. El segundo, porque el injusto sólo disminuye, sin llegar a fundamentar una justificación. Pero incluso cuando actúan juntas, no excluyen la

³¹⁵ WELZEL, H. 1997, p. 217. La referencia al instinto de autoconservación ya había sido notada por Goldschmidt, ver supra, sección 2.

culpabilidad. Por eso las situaciones de inexigibilidad son distintas del error o de la inimputabilidad. En palabras de Welzel:

“...la llamada “no exigibilidad de conducta conforme a derecho” no es en estas situaciones extraordinarias de motivación una causa excluyente de la culpabilidad como la imputabilidad o el error de prohibición inevitable, sino sólo una causa fáctica de exculpación, en el sentido de que el ordenamiento jurídico pese a la existencia de culpabilidad otorga indulgencia al autor.”³¹⁶

El caso más importante de no exigibilidad es el estado de necesidad exculpante, del (antiguo) artículo 54 del Código Penal Alemán. Hay estado de necesidad cuando existe un peligro vital (y no una mera amenaza sin importancia) para la integridad corporal del autor o de su familia cercana. Este peligro debe ser tan grande que limite la libertad de acción del afectado. La acción de salvamento debe ser el último recurso, pues el autor debe actuar bajo la presión del peligro. No basta con que el autor

³¹⁶ *Ibíd.*, p. 211.

simplemente opte por la acción antijurídica mientras se encontraba en peligro: debe ser tal que no tenga ninguna otra posibilidad³¹⁷.

El estado de necesidad putativo exculpa de la misma manera que el real, pues la situación de determinación de la voluntad es la misma, al menos en el error inevitable; el error evitable debe ser castigado³¹⁸. Es necesario señalar que esto difiere de su propia enumeración de los requisitos de la inexigibilidad: deben concurrir simultáneamente, la situación extraordinaria de motivación, y la disminución del injusto por perseguir un fin legítimo. En un estado de necesidad putativo sólo concurre la situación extraordinaria de motivación, por lo que, de acuerdo a su propia teoría, el estado de necesidad putativo carece de fundamentación. Hay otras situaciones de no exigibilidad de la conducta conforme a derecho: encubrimiento de parientes, exceso en la legítima defensa, hurto famélico, e infanticidio por honor. Todas ellas tienen en común los dos elementos señalados anteriormente: la disminución del desvalor de la acción, y la

³¹⁷ *Ibíd.*, p. 212.

³¹⁸ *Ibíd.*, p. 214.

capacidad de culpabilidad disminuida, ambos como efecto de la situación de necesidad³¹⁹.

En lo que viene se analizarán las críticas que autores posteriores elevaron contra la concepción finalista de la acción. A pesar de ello, lo más relevante para este trabajo es que en la teoría de Welzel las situaciones de no exigibilidad de otro comportamiento no excluyen la culpabilidad, aunque estén clasificadas dentro de las causas de exculpación. La teoría de la acción final puso las bases para distinguir entre las eximentes que excluyen el reproche de culpabilidad y que más tarde serían llamadas causas de inculpabilidad (en las que lo que se excluye es la posibilidad de que se origine un reproche de culpabilidad), de las eximentes de exculpación (en las que se origina un reproche de culpabilidad, pero este es excluido posteriormente³²⁰). Esta distinción fue apropiada por gran parte de las concepciones posteriores, las cuales tuvieron variadas estrategias para responder a la cuestión de la culpabilidad, y en particular la del estado de necesidad exculpante.

³¹⁹ *Ibíd.*, p. 215.

³²⁰ BACIGALUPO, E. 1998, p. 305: “Desde este punto de vista, las “causas de inculpabilidad” carecen, en realidad, de fuerza para excluir la culpabilidad y sólo constituyen “causas generales de no formulación del reproche de culpabilidad”. Fundamento de ello es la comprobación empírica de que, en las situaciones que caracterizan las causas de inculpabilidad, no se elimina la capacidad de obrar de otra manera: en un estado de necesidad disculpante siempre es posible cumplir con el derecho a asumir el daño sobre los propios bienes jurídicos; sólo que, en tales casos, el derecho no formula reproche alguno”.

2.3. La estructura de la culpabilidad más allá de las teorías normativas.

2.3.1. Reinhart Maurach y la teoría de la atribuibilidad por el hecho.

Reinhart Maurach es, junto con Hans Welzel, Heinz Zipf y Armin Kaufmann, uno de los más importantes representantes de la teoría finalista en Alemania, aunque su más importante aporte consiste en la teoría de la responsabilidad por el hecho. Como representante del finalismo, parte de una definición de culpabilidad como un juicio de reproche altamente personal, que se basa en la desaprobación al autor de un hecho antijurídico por haberse decidido en favor del mal, aun cuando era capaz de actuar conforme a Derecho. La culpabilidad es un juicio derivado, cuyo objeto de referencia es el comportamiento antijurídico, previamente determinados por las categorías de tipo y antijuridicidad. La pena encuentra su fundamento en la culpabilidad, no sólo por el principio de que “no hay pena sin culpabilidad”, sino que por la garantía que implica la exigencia de una conexión subjetiva, individual, del autor con su hecho³²¹.

³²¹ MAURACH, R. 1962, Vol. 2, pp. 11 – 13. Para mayor información sobre la posición de Maurach respecto de la función garantista de la culpabilidad: Ibíd, Vol. 2, pp. 85 -91.

Sin embargo, para Maurach la culpabilidad es un reproche personal, lo que quiere decir que su objeto de referencia debería ser el sujeto, considerado en sus características individuales y en la situación en que se encontraba al momento de la comisión del hecho. Sin embargo, en varios casos que supuestamente excluyen la culpabilidad, específicamente los llamados casos de no exigibilidad de otra conducta, no existe tal juicio de reproche individualizado, sino que se opera a partir de generalizaciones, ficciones. Para Maurach, “en todos estos casos, el tipo general del hombre normal sustituye al autor individual; la llamada no exigibilidad de la conducta adecuada a derecho inquiriere, no por el poder del sujeto, sino únicamente por un término medio nivelador”³²². Maurach hace una distinción entre aquellos componentes de la culpabilidad que pueden ser individualizables, y aquellos que no. Entre los primeros están la imputabilidad, y el conocimiento de la antijuridicidad. El tercer y último componente de la culpabilidad, la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho, sin embargo, no contiene un juicio individual, pues hace referencia

³²² *Ibíd.*

a estándares objetivos (como la referencia al hombre medio), cuya presencia o influencia en el caso individual no se comprueba³²³.

Esta (falta de) distinción adquiere una dimensión práctica en el sistema dual de medidas penales, en los casos en que personas inimputables cometen hechos típicos y antijurídicos en situación de inexigibilidad. Por ejemplo, si un enfermo mental comete un hecho que la ley califica como crimen en una situación de estado de necesidad, puede ser sujeto a medidas de seguridad (como el internamiento en una institución psiquiátrica) pues éstas sólo requieren que el hecho sea típico y antijurídico. Esto a Maurach le parece injusto, debido a que una situación que excluiría la responsabilidad de una persona con todas sus facultades mentales no puede menos que hacer lo mismo en el caso del enfermo mental, el cual sin embargo se puede ver sujeto a esa especie de castigo que es la medida de seguridad. Por tanto, Maurach busca desarrollar una teoría que, en concordancia con la teoría dominante, defina la culpabilidad como el reproche individual al autor por su conducta contraria a Derecho, pero descargando a la culpabilidad de todos los elementos que no lleven a una valoración individualizadora, los cuales son traspasados a una nueva

³²³ *Ibíd.*, Vol. 2, pp. 27 - 28.

categoría: la responsabilidad por el hecho. Ambos conceptos son, en conjunto, la atribuibilidad, que se define como “el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del Derecho”³²⁴.

La atribuibilidad tiene dos niveles consecutivos: la responsabilidad por el hecho, y la culpabilidad. El primero juzga si el autor se comportó, de acuerdo a un criterio objetivo, en una forma censurable. Sólo una vez que se ha comprobado que el autor es responsable por su hecho, se pasa a la culpabilidad, que consiste en el juicio de reproche realizado al autor por no haber actuado, conforme a sus propias posibilidades, acorde al ordenamiento jurídico³²⁵.

El primer nivel de la atribuibilidad, entonces, es la responsabilidad por el hecho. Maurach señala que “el autor de una acción típica y antijurídica será responsable cuando la acción esté libre de aquellos factores externos influyentes sobre la motivación, cuya relevancia haya sido reconocida por el ordenamiento jurídico”³²⁶. Es, en primera instancia, una forma de imputarle un hecho a un autor. Cuando hay responsabilidad por el

³²⁴ *Ibíd*, Vol. 2, p. 33. Más detallado en párrafos posteriores.

³²⁵ *Ibíd*, pp. 34 – 35.

³²⁶ *Ibíd*, p. 41.

hecho, se puede decir que hay una acción “propia”. Allí, las influencias externas no han alcanzado un grado de influencia sobre la motivación del autor. La fuerza de las influencias externas es algo determinado objetivamente y en base a parámetros generales (“el hombre medio”)³²⁷.

La única causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho es la no exigibilidad de conducta adecuada a la norma, que contiene las eximentes de estado de necesidad exculpante, estado de coacción, y exceso en la legítima defensa. La no exigibilidad es, para Maurach, “el juicio general de que el autor no se ha conducido conforme al término medio”³²⁸. Es un juicio sobre el autor y no sobre el acto, pues los casos de no exigibilidad se caracterizan porque el acto sigue siendo injusto bajo las reglas generales. Pese a ser un juicio sobre el autor, es un juicio objetivo y general (al contrario del juicio individualizado de culpabilidad), pues no examina la situación concreta del autor (la influencia de las condiciones sobre su estado motivacional y su capacidad de resistencia) sino que meramente decide si el autor “*se ha comportado peor a como los demás hubieran actuado*”³²⁹. Las consecuencias de la introducción de esta nueva

³²⁷ Ibíd, p. 34.

³²⁸ Ibíd, p. 48.

³²⁹ Ibíd, p. 35, énfasis en el original.

categoría son, principalmente, dos: al introducir un nivel de análisis *entre* la antijuridicidad y la culpabilidad, permite que se exima de responsabilidad a los inimputables sin tener que llegar al último nivel de análisis, la culpabilidad (nivel en el cual necesariamente tendría que concluirse que, por ser inimputable, requiere medidas de seguridad).

La otra consecuencia es que, para castigar la participación en un acto principal típico y antijurídico, es suficiente la responsabilidad por el hecho (sin llegar a la culpabilidad)³³⁰. Así, quien participe en un hecho cuyo autor principal haya actuado bajo estado de necesidad será automáticamente impune, pues no hay responsabilidad por el hecho y, por tanto, se hace innecesario realizar el juicio de culpabilidad³³¹.

En la culpabilidad queda el juicio individual de reproche: el juicio contra el autor por su motivación contraria al derecho, el haberse comportado peor que lo que él mismo (de acuerdo a sus propias capacidades) podría haber hecho³³². Se excluye la culpabilidad cuando falta

³³⁰ *Ibíd*, pp. 42 - 43.

³³¹ La preocupación de Maurach era que en esos casos, bajo otras concepciones se podría castigar al mero participante si es que no se declaraba que también se encontraba bajo estado de necesidad (lo cual era bastante posible, dado el requerimiento de una situación motivacional alterada). *Ibíd*, pp. 59 – 60.

³³² *Ibíd*, pp. 35 - 36.

la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) o la posibilidad de conocimiento del injusto.

Otros sectores de la doctrina han dicho sobre esta teoría que identifica claramente un problema central del concepto de culpabilidad: la clasificación dogmática de la no-exigibilidad, y en particular del estado de necesidad exculpante, a pesar de lo cual llega a conclusiones que no han sido bien recibidas. Bacigalupo le critica (haciendo referencia a Armin Kaufmann) el recaer excesivamente en el distinto nivel de individualización del juicio, como fundamento de la dicotomía responsabilidad / culpabilidad. Dice Bacigalupo que los juicios supuestamente individuales (como el de inimputabilidad) son también generalizadores³³³, con lo cual se pierde la razón de esta distinción. Cerezo Mir comparte la crítica de que la determinación de la imputabilidad requiere también una referencia a criterios generalizadores, por lo que un juicio puramente individual es imposible. De forma similar, el juicio de culpabilidad, entendido como el reproche al comportamiento individual del autor, necesita de criterios generalizadores, pues, de acuerdo a las herramientas lógicas disponibles, no

³³³ BACIGALUPO, E. 1998, p. 281.

es posible comprobar en cada caso particular si el autor obró libremente o no³³⁴.

Roxin comenta que la observación de la que parte esta teoría es correcta (a saber, que en las situaciones de no exigibilidad no hay consideración alguna a la culpabilidad individual), sin embargo, el problema en que se enfoca Maurach (el del enfermo mental que comete un hecho típico y antijurídico en situación de estado de necesidad) no versa sobre la estructura de la culpabilidad, sino que sobre la forma y los requisitos para la aplicación de medidas de seguridad. Tales medidas requieren para su aplicación un nivel de peligrosidad del individuo, no sólo tipicidad y antijuridicidad de la acción, por lo que el caso tipo podría solucionarse favorablemente al reo sin necesidad de un escalón adicional en la estructura de la culpabilidad (como de hecho hacen muchos jueces en casos como el propuesto)³³⁵.

Enrique Bacigalupo postula, al igual que Maurach, una categoría intermedia entre antijuridicidad y culpabilidad, la responsabilidad por el hecho. Respecto de la teoría de Maurach, señala que la doble

³³⁴ CEREZO MIR, J. 1997, pp. 43 - 44.

³³⁵ ROXIN, C. 1997, pp. 816 - 817.

fundamentación de la no exigibilidad en la teoría dominante (por un lado, disminución del injusto, y por otro, disminución de la capacidad de culpabilidad) convierte su clasificación en algo confuso³³⁶, que justifica el intento de Maurach de ponerla en su propia categoría dentro de la estructura del delito. Sin embargo, en respuesta a las críticas a ésta, Bacigalupo se distanció de la fundamentación teórica de Maurach (basada en las diferencias en el grado de individualización del juicio de reproche) y se basa, actualmente, en la disminución de la ilicitud del hecho³³⁷. Bacigalupo niega que en las causas de inexigibilidad se ponga a prueba la capacidad de culpabilidad, pues señala que por lo general éstas no ponen a prueba la capacidad de motivación, y más aún, ésta no necesita probarse³³⁸. Para él, las situaciones de inexigibilidad (el estado de necesidad entre bienes de igual valor, miedo insuperable, supuestos de no punibilidad del aborto, colisión entre derecho a la libertad de información y honor, la inviolabilidad parlamentaria, y la exención del artículo 268 del Código Penal español³³⁹) al tener un sustrato objetivo, se definen por la exclusión de la desaprobación

³³⁶ BACIGALUPO, E. 1998, p. 281.

³³⁷ Analizando la postura original de Bacigalupo y las formas en cómo cambió con el tiempo: CEREZO MIR, J. 1997, pp. 43 – 44.

³³⁸ BACIGALUPO, E. 1998, pp. 283 – 284.

³³⁹ *Ibíd*, pp. 288 – 295.

jurídico-penal, sin que sea sancionado por el orden jurídico general³⁴⁰. Con esto queda la culpabilidad como “el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma”³⁴¹, compuesta por la conciencia del injusto y la imputabilidad.

José Cerezo Mir critica la concepción de Bacigalupo diciendo que la pura disminución del injusto por un menor desvalor de acción y del desvalor de resultado, no basta para excluir completamente la responsabilidad penal, y defiende un concepto de culpabilidad material más completo³⁴². Además, disputa la asunción que hacen tanto Maurach como Bacigalupo de que las medidas de seguridad tienen el mismo fundamento que las penas, señalando que tienen presupuestos de aplicación distintos y que por lo tanto no pueden juzgarse de la misma forma³⁴³.

2.3.2. Enrique Gimbernat.

Enrique Gimbernat es un proponente de la prevención general como fin del Derecho Penal, la cual como punto de partida critica el rol del libre

³⁴⁰ *Ibíd.*, p. 287.

³⁴¹ *Ibíd.*, p. 298.

³⁴² CEREZO MIR, J. 1997, p. 45.

³⁴³ *Ibíd.*, pp. 45 – 46.

albedrío dentro de la teoría del delito. El libre albedrío se erige como fundamento último de la culpabilidad, mas es imposible probar su existencia³⁴⁴, por ello propone renunciar a la culpabilidad como fundamento de la pena, poniendo a la prevención en su lugar. Gimbernat toma como base la relación entre libertad y culpabilidad: aunque la mayoría de la doctrina toma el “poder haber actuado de otro modo” como base de la culpabilidad, son por lo general escépticos ante la pregunta más profunda sobre si existe tal cosa como la libertad, o si las acciones son determinadas por elementos previos³⁴⁵. En paralelo, hace notar los avances del psicoanálisis y de la neurociencia, los cuales aseveran respecto al desarrollo de la mente humana, que es introyectando los castigos ante comportamientos prohibidos (y el cariño ante comportamientos deseados) que se aprenden las normas sociales y se internalizan, por lo que “así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir – creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo – que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia

³⁴⁴ GIMBERNAT, Enrique. 1970. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?. *En Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho. Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa*. Buenos Aires, Ediciones Panedille. pp. 495-523, p. 498; y GIMBERNAT, Enrique. 1973. La culpabilidad como criterio regulador de la pena. *Revista de Ciencias Penales* 32 (1), pp. 30 – 32; p. 32.

³⁴⁵ GIMBERNAT, E. 1970, pp. 500 - 501, con amplias referencias.

humana”³⁴⁶. Detrás de ello hay una visión del derecho penal según la cual éste existe para convertir a los individuos “en miembros soportables de la sociedad mediante la adquisición del control de sus necesidades impulsivas...”³⁴⁷. Para Gimbernat, la función de la pena es puramente inhibitoria, para prevenir delitos futuros. Esto por lo general se conoce como prevención general negativa.

Gimbernat propone dejar la culpabilidad como criterio de regulación y graduación de la pena, aunque puramente por razones preventivas. Según él, reconocer criterios como la graduación de las penas según el bien jurídico afectado, la exención penal a los inimputables o la mayor penalidad de los delitos dolosos frente a los culposos refuerza el efecto inhibitorio de la pena, pues el evitar abusos de la potestad penal y el infligir males excesivos a los delincuentes contribuye a la aceptación, por parte de la ciudadanía general, del orden jurídico-penal³⁴⁸. El ejemplo más directo de su tesis es su posición respecto al estado de necesidad exculpante. En estos casos, usualmente se alega que el autor no era libre, o no era motivable por la norma, ante lo cual Gimbernat alega que el autor usualmente sí podía

³⁴⁶ *Ibíd.*, p. 504.

³⁴⁷ *Ibíd.*, p. 505.

³⁴⁸ *Ibíd.*, p. 516.

reflexionar sobre si decidía cumplir la norma o no, y no había una causa que impidiera del todo su capacidad de motivación por la norma: el estado de necesidad no implica una causa de inimputabilidad y, usualmente, no se afecta en absoluto la capacidad de razonamiento de los individuos³⁴⁹. En su visión, una causa de exclusión de la culpabilidad significa que la acción, amenazada de manera general con una pena, se deja de reprimir en referencia a ciertos grupos de personas quienes, por varias razones, no son motivables o intimidables por la pena. Una causa de exclusión de la antijuridicidad es una renuncia del Derecho a actuar para inhibir ciertas conductas. En esos casos la respuesta penal sí podría tener efecto inhibitorio en la población, pero el Derecho penal no quiere castigar el comportamiento: se elige no punir, lo cual significa para Gimbernat que se justifica la acción³⁵⁰. Esto no implica que el hecho se valore positivamente, como señalan otros autores, pero ya el renunciar a castigar una acción implica una toma de posición por parte del Derecho, que declara con su

³⁴⁹ GIMBERNAT, Enrique. 1995. Justificación y exculpación en el Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes). En ESER, Albin, GIMBERNAT, Enrique y PERRON, Walter (Eds.). Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal). Madrid, Ediciones Ciudad Universitaria. pp. 63 – 71; pp. 67 – 68.

³⁵⁰ GIMBERNAT, Enrique. 1990. Estado de Necesidad: un problema de Antijuridicidad. En GIMBERNAT, Enrique. Estudios de Derecho Penal. 3ª Ed. Madrid: Tecnos, pp. 155 – 170; p. 164.

renuncia que dicha acción es conforme a Derecho. La antijuridicidad consiste, para Gimbernat, en esta voluntad de castigar del Estado³⁵¹

Se le ha criticado que parte de un concepto espurio del rol de la libertad en la culpabilidad: para Juan Córdoba Roda, aunque es cierto que la existencia concreta de la libertad de acción es dudosa³⁵², no se trata de determinar en forma absoluta si es que existía la posibilidad de actuar de otro modo, sino que establecer qué circunstancias actuaron sobre el sujeto (“determinando” su comportamiento, o sólo afectándolo), y si en la situación particular tenía el poder de actuar de otra forma (es decir, la facultad de hacerlo) y limitar la formulación del juicio de reproche a las posibilidades concretas del individuo³⁵³. Córdoba hace una crítica general contra el prevencionismo, afirmando que la necesidad de la pena es un criterio excesivamente vago y poco susceptible de una real y efectiva constatación de la realidad social³⁵⁴, por lo que no sería adecuado que sustituyese a la culpabilidad, pues de otra forma las garantías fundamentales asociadas al principio de culpabilidad perderían relevancia³⁵⁵. Dice que,

³⁵¹ *Ibíd.*, pp.167 – 169.

³⁵² CORDOBA, J. 1977, p. 24.

³⁵³ *Ibíd.*, p. 36.

³⁵⁴ *Ibíd.*, p. 48.

³⁵⁵ *Ibíd.*, p. 38.

respecto del castigo de los inimputables, es dudosa la afirmación de Gimbernat de que su castigo sería innecesario por razones de prevención especial, pues hay casos en los que la prevención especial no se aplica a inimputables (por ejemplo, en casos de trastorno mental transitorio, donde no existe un peligro subsistente al hecho delictual)³⁵⁶. Respecto a la responsabilidad objetiva, dice que es perfectamente pensable que existan casos en los que, para evitar el riesgo de comisión de delitos a futuro, exija que se castigue un delito por el resultado³⁵⁷.

Cerezo Mir también critica la tesis de la prevención general diciendo que es falso que esta prevenga excesos en la potestad penal, pues puede justificar la existencia de delitos de resultado, la aplicación de pena en casos de error, o una mayor penalidad de los delitos imprudentes frente a los dolosos. Esto porque, aunque Gimbernat dice que el público no aceptaría un derecho penal con esas características, no se puede descartar que ocasionalmente sea necesario aplicar penas bajo responsabilidad objetiva, o castigar fuertemente los delitos imprudentes (pues son los que se producen

³⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 39 – 42.

³⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 47 – 48.

con mayor frecuencia y, por lo tanto, exigen un reforzamiento intimidatorio más fuerte si se pretende evitarlos)³⁵⁸.

2.3.3. Claus Roxin.

Roxin defiende una teoría integradora de la pena, que introduce la categoría de responsabilidad, cuyos presupuestos son la necesidad preventiva de pena y la culpabilidad (junto a dos elementos negativos: la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, excluida por el error, y la normalidad de la situación en que se actúa, excluida por situaciones como el estado de necesidad). La culpabilidad se define como la actuación injusta pese a la asequibilidad normativa (*normativ Ansprechbar*), es decir, un sujeto actúa culpablemente cuando comete un hecho antijurídico aun cuando tenía la posibilidad de motivarse conforme a la norma³⁵⁹. Para que haya responsabilidad, basta con comprobar la existencia de culpabilidad y necesidad preventiva de pena. Para Roxin, el fundamento de esta distinción es la incapacidad de la culpabilidad por sí misma de justificar instituciones como el estado de necesidad exculpante: el legislador estima que el autor podría soportar el peligro, por lo que tiene la posibilidad de actuar conforme

³⁵⁸ CEREZO MIR, J. 1997, pp. 25 - 26.

³⁵⁹ ROXIN, C. 1997, pp. 791 - 792.

a Derecho. Si no fuera así, no se podría exigir a los obligados especiales a soportar el peligro (en el inciso 2° del artículo 35 alemán, y la circunstancia 4ª en nuestro artículo 10 N° 11) a actuar conforme a Derecho sin infringir el principio de Culpabilidad. Al considerar que es objetivamente posible y exigible motivarse por la norma y soportar el peligro, el fundamento de dicho estado de necesidad debe ser otro: la falta de necesidad preventiva de pena³⁶⁰.

Roxin funda su concepción de la culpabilidad en la libertad³⁶¹, entendida como “aserción normativa” de la sociedad, una regla que, aunque no pueda comprobarse, se trata como esencial para el normal desarrollo de las interacciones sociales³⁶². La culpabilidad, definida como asequibilidad normativa, es un dato mixto empírico-normativo: es constatable la capacidad general de auto-control de un sujeto, lo cual produce la posibilidad de motivarse conforme a Derecho; en cambio, se atribuye normativamente la posibilidad efectiva de actuar conforme a dicha

³⁶⁰ *Ibíd.*

³⁶¹ En un inicio Roxin basaba su teoría en la imposibilidad de probar científicamente la existencia de la libertad, diciendo que aunque ésta existiera en abstracto, es inverificable, por lo que de ella no podían extraerse consecuencias que afecten los derechos fundamentales de los ciudadanos. La culpabilidad se reducía a limitar la pena, a través de la determinación del tipo y la prohibición de las leyes retroactivas y la analogía en perjuicio del autor, ROXIN, Claus. 1973. La culpabilidad como criterio limitativo de la pena. Traducción de Yáñez, Sergio. *Revista de Ciencias Penales* 32(1): pp. 16 – 29, pp. 17 – 21.

³⁶² ROXIN, C. 1997, p. 808.

motivación. La capacidad de auto-control del sujeto está en el centro de la culpabilidad, mas su justificación última son las necesidades preventivas.

El concepto de necesidad preventiva de pena que utiliza Roxin es uno que proviene de las concepciones político-criminales de la sociedad. Según él, un Derecho penal sin relación con la política criminal puede ser lógico, coherente y ordenado, pero materialmente injusto, cayendo en el “automatismo de los conceptos teóricos”³⁶³. La política criminal es el conjunto de valoraciones de la sociedad respecto de justo o injusto, sobre sus bases fundamentales y los comportamientos que atentan contra ellas³⁶⁴. La única forma de asegurar la expectativa de cumplimiento de las normas penales es con la punición del sujeto infractor: “si los delitos quedaran por regla general impunes, las normas perderían ampliamente su poder de motivación, y la sociedad se hundiría más y más en la anarquía”³⁶⁵. Al contrario que el prevencionismo de Jakobs, para Roxin la culpabilidad cumple el rol fundamental de limitar a las necesidades preventivas. Sin ella, el derecho penal consistiría en un derecho de medidas de seguridad, que no respetaría la libertad de los ciudadanos. Por eso, aunque ya no justifica la

³⁶³ ROXIN, Claus. 2002. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Traducción de la 2da Edición de MUÑOZ CONDE, Francisco. Buenos Aires, Hammurabi, pp. 39 – 42.

³⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 43 – 44.

³⁶⁵ ROXIN, C. 1997, p. 810.

potestad penal del Estado, la culpabilidad sigue siendo un presupuesto decisivo de la responsabilidad jurídicopenal.

El estado de necesidad exculpante es para él el ejemplo más claro del rol de la necesidad preventiva de pena en la estructura del delito. Roxin señala que los casos de estado de necesidad tienen como requisito el que los autores sigan siendo motivables por la norma y se les pueda exigir actuar conforme a Derecho, pues de otro modo, se estaría frente a una causa de inimputabilidad³⁶⁶. Las justificaciones usuales del estado de necesidad (la falta de libertad o la imposibilidad del comportamiento conforme a la norma) no pueden explicar la exención de pena: si la presión anímica fuera de por sí exculpante, no se explica por qué cuando hay error sólo se exculpa si éste es invencible, pues la presión anímica es la misma. La limitación a los bienes jurídicos “vida, integridad física, libertad” es igualmente inexplicable³⁶⁷. La teoría de la “doble disminución” (por reducción de la culpabilidad y disminución del injusto) es también insuficiente para

³⁶⁶ *Ibíd*, p. 897. En relación con esto, Roxin niega la diferencia, sostenida por otros sectores de la doctrina, entre “causas de exclusión de la culpabilidad” (o “causas de inculpabilidad”) y “causas de exculpación”. Según esta doctrina, las primeras son aquellas en las que falta desde un principio la culpabilidad (por falta de libertad), y en las segundas existe inicialmente culpabilidad, pero esta es excluida por una especial indulgencia, nacida de la comprensión a la situación del sujeto. Para Roxin, esta distinción no es válida, pues incluso en casos de inimputabilidad hay zonas marginales, en las que no se puede decir que desde un inicio falta la culpabilidad, sino que se excluye posteriormente de acuerdo a juicios político-criminales. *Ibíd*, pp. 814 – 815.

³⁶⁷ *Ibíd*, p. 898.

explicar el estado de necesidad, pues la disminución del injusto no juega ningún rol relevante en la determinación de la pena. Pruebas de esto son que una tentativa fallida puede ser exculpada, aunque no se llegue a salvar ningún bien jurídico, y que incluso quien daña bienes jurídicos de un valor muy superior a los que salva es eximido de pena³⁶⁸.

Las necesidades preventivogenerales pueden resolver los ejemplos anteriores, y además puede explicar la no exculpación en casos de error vencible, de personas que están obligadas a soportar el peligro, o de limitación a ciertos bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad), pues en esos casos es el deber del Estado de proteger los bienes jurídicos el que impide que personas que han supuesto equivocadamente un peligro, o tienen deberes especiales, o intentan proteger otros bienes jurídicos, invoquen sin más una exculpación por estado de necesidad³⁶⁹.

Otros autores han criticado el rol de la culpabilidad como una mera barrera frente a la potestad punitiva del Estado, y que el elemento de “necesidad preventiva de pena” no es suficiente para fundamentar la punición, pues ésta no responde si el sujeto *merece* la pena; de ahí que la

³⁶⁸ *Ibíd*, pp. 899 – 900.

³⁶⁹ *Ibíd*, p. 900.

culpabilidad deba constituir un presupuesto de la pena³⁷⁰. Mañalich señala que la necesidad de pena no contiene en sí un juicio moral (siendo un juicio únicamente sobre los posibles beneficios sociales de la imposición de la pena), por lo que su uso puede llevar a resultados que son considerados injustos desde las intuiciones morales sobre la pena³⁷¹. Hirsch ha dicho que la amalgama entre prevención y culpabilidad confunde causa y consecuencia: “Los criterios de prevención no son la causa de la exculpación, sino la consecuencia de que no concurre culpabilidad jurídicamente relevante”³⁷².

2.3.4. Günther Jakobs.

Günther Jakobs es uno de los principales representantes del funcionalismo en el Derecho Penal, caracterizado por una perspectiva sistémica que integra conceptos de la sociología en el entendimiento del Derecho Penal, la potestad punitiva del Estado, y el rol de éste en la sociedad. Jakobs afirma radicalmente la validez del Principio de culpabilidad, en el sentido de que la culpabilidad (en el sentido de reprochabilidad) es un fundamento esencial de la legitimidad de la potestad

³⁷⁰ JESCHECK, H. 1993, p. 385.

³⁷¹ MAÑALICH, J. 2007, pp. 132 – 135.

³⁷² HIRSCH, H. 1995, p. 50.

penal estatal³⁷³. El Estado según Jakobs tiene como función el crear las bases de subsistencia y convivencia sociales, encarnadas en el ordenamiento jurídico (que en su dimensión penal, está compuesto de normas y principios que prohíben el atentado contra los bienes considerados esenciales), y basa su legitimidad en ello. El Estado no se pone por encima de las personas, sino que es el centro integrador de éstas, es el espacio donde se dan las luchas de interés de la sociedad civil. Además, el Estado liberal se sostiene en la autodeterminación de los ciudadanos, quienes se determinan de manera general-normativa, es decir, en función de normas que le dan sentido a sus acciones³⁷⁴. Esto genera una aparente tensión: el Estado crea normas para proteger las bases de la sociedad, pero a la vez permite que los ciudadanos se autodeterminen conforme a sus propias normas, que pueden ser contrarias al ordenamiento³⁷⁵. La finalidad de la culpabilidad (y por lo tanto del ordenamiento penal) es estabilizar el sistema normativo, asegurando la fidelidad a la norma, lo cual no hace a través del miedo a la pena, sino promoviendo que el comportamiento conforme a la norma se

³⁷³ JAKOBS, Günther. 1997a. El Principio de Culpabilidad. En Estudios de Derecho Penal. Madrid, Editorial Civitas, pp. 365 – 393.

³⁷⁴ Ibíd, p. 386 - 387.

³⁷⁵ Respecto del debate sobre la libertad, Jakobs dice que la culpabilidad presupone la autodeterminación, “pero ésta no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización”, JAKOBS, G. 1995, p. 586. Así, se presume que los individuos tienen capacidad de motivación y auto-organización.

convierta en costumbre. La culpabilidad es la manifestación de la defraudación de la sociedad al delincuente por el quebramiento de la norma; imputa un defecto volitivo, es decir, se reprocha al autor que tenga un déficit de motivación fiel al Derecho, que no haya dirigido su voluntad a evitar el hecho antijurídico³⁷⁶. Así, el contenido de la culpabilidad se determina por el fin del Derecho penal, que es preservar el orden social³⁷⁷. Esto configura un sistema de prevención general positiva, que al contrario de la prevención negativa, que busca intimidar a los ciudadanos para que cumplan las normas, es un “ejercicio de fidelidad al Derecho”³⁷⁸.

De acuerdo con el “concepto funcional de la culpabilidad”, la culpabilidad se determina por su misión dentro del Derecho penal, la cual es “caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo de conflicto”³⁷⁹. El aislamiento de tal motivación se va llevando a cabo a lo largo de los escalones del delito. El Estado crea delitos de manera de producir en los sujetos la motivación de evitarlos. Esto presupone, como ya se señaló, que los sujetos actúan en base a motivaciones: el delito se

³⁷⁶ JAKOBS, G. 1997a, pp. 383 - 384.

³⁷⁷ JAKOBS, Günther. 1997b. Culpabilidad y Prevención. En Estudios de Derecho Penal. Madrid, Editorial Civitas, pp. 73 – 99; p. 73.

³⁷⁸ *Ibíd.*, p. 79.

³⁷⁹ JAKOBS, G. 1995, p. 579.

produciría si el autor no se produce la motivación de evitarlo. Una vez que se determina que una acción es típica y antijurídica (lo cual implica que el autor debía formarse la motivación de evitarla) se debe determinar si es que efectivamente se manifestó un déficit de fidelidad al Derecho, lo cual puede ser negado por causas de exculpación: si la norma era inaccesible para el autor, si había una causa de inimputabilidad, o de inexigibilidad³⁸⁰. Cuándo exactamente hay un déficit es algo que debe determinarse de acuerdo a las valoraciones sociales, Jakobs dice “Lo que es la culpabilidad depende de la respectiva estructura de la sociedad en la misma medida en que la existencia del injusto depende de ella. Qué es la culpabilidad en un sentido general cabe, a lo sumo, señalarlo esquemáticamente; las concreciones sólo son posibles con referencia a un sistema social perfilado con cierta exactitud”³⁸¹

Existe inexigibilidad cuando se puede explicar la motivación antijurídica del autor por una situación especial, de carácter amenazante, que o no se podría evitar (como los casos de situación de necesidad que surge fortuitamente), o debe imputarse a otra persona (como la coacción). A diferencia de la inimputabilidad, al decidir sobre la inexigibilidad no

³⁸⁰ *Ibíd.*, p. 581.

³⁸¹ *Ibíd.*, p. 584.

importa sólo la situación psíquica del autor, sino que el grado en que la situación “es una desgracia para él”. Cuando un hecho es tan grave que condiciona la capacidad de motivación del sujeto, el impulso de cometer el hecho delictivo se hace comprensible³⁸².

De esta forma, el estado de necesidad exculpante opera en función del reconocimiento de que “la motivación del autor se puede definir como reacción apropiada a la situación cuando el autor no es responsable de ella”³⁸³, es decir, que se considera como el comportamiento socialmente adecuado, aunque antijurídico, y por lo tanto no se le imputa un déficit de motivación fiel al Derecho. Jakobs critica a la concepción dominante (según la cual el estado de necesidad se funda en una disminución del injusto, junto a una disminución de culpabilidad por un conflicto anímico), diciendo que la disminución simple del injusto (por salvarse a sí mismo o a un tercero) no conduce a una reducción de la penalidad en casos normales, por lo que no debería jugar un rol en el estado de necesidad. Además, para el ordenamiento no es relevante el “valor de resultado” de una acción al determinar su punibilidad, sólo su “valor de acción”³⁸⁴. Además, incluso si

³⁸² *Ibíd.*, pp. 601 – 602.

³⁸³ *Ibíd.*, p. 690.

³⁸⁴ *Ibíd.*, p. 689.

se considera que la acción de salvamento conlleva un valor positivo, a veces el valor negativo puede contrapesarlo con creces (por ejemplo, quien para salvar su patrimonio lesiona un patrimonio de mucho mayor valor), lo cual contradice los principios de la determinación del injusto que se dicen defender.

Los críticos de Jakobs dicen que, al hacer depender la definición de culpabilidad de la supuesta realidad social y de lo que es necesario para la “estabilización de la confianza en el ordenamiento”, se lleva a una inseguridad inaceptable respecto a lo que hay que entender por culpabilidad, dejándolo finalmente al arbitrio de los jueces³⁸⁵. Además, dicen que el prevencionismo de Jakobs juega en contra de la supuesta primacía de la dignidad humana, al hacer que la punibilidad no dependa de las características personales del autor, o de su hecho, sino que de lo necesario para la preservación de la confianza pública en el Derecho, lo cual según Roxin convierte a los ciudadanos en “un juguete de las respectivas circunstancias”³⁸⁶. Esta instrumentalización del individuo fue famosamente criticada por Immanuel Kant, con el famoso *dictum*: “El ser

³⁸⁵ ROXIN, C. 1997, p. 806.

³⁸⁶ *Ibíd.*, p. 807.

humano no puede nunca ser utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo cual le protege su personalidad innata”.

2.3.5. Urs Kindhäuser.

Kindhäuser desarrolla una concepción discursiva de culpabilidad material basada en la fidelidad al Derecho, y en la necesaria conexión interna que hay entre ésta y el reproche que se hace a quienes cometen un hecho antijurídico. Kindhäuser toma como partida la crítica de la teoría del discurso al liberalismo racional. La teoría liberal sostiene que la existencia de la libertad depende de la observancia del contrato social, es decir, de la fidelidad de los ciudadanos a las normas que ellos mismos se han dado racionalmente. La racionalidad es entendida por Kant según el principio de universalización: es racional aquello que, en función del Imperativo Categórico, se quiere como ley universal; es irracional aquello que no se podría soportar si todos lo tomaran como ley. En el delito, el sujeto se contradice a sí mismo, pues está negando los fundamentos de su propia libertad, y por tanto la culpabilidad se entiende como un reproche a la

voluntad del individuo por ir en contra de las bases de la sociedad³⁸⁷. La teoría del discurso critica la idea de sociedad sostenida por el liberalismo, pues ésta asume que los destinatarios de la norma deben tener la motivación de seguirla, gravándolos con una carga excesiva, y además se opone a una democracia pluralista, en la que se determinan las normas a través del encuentro de opiniones diversas en la arena pública. La teoría del discurso defiende una idea de sociedad no monolítica, sino que integrada por la lucha de opiniones, y un Estado que ya no es mero vigilante, sino que parte activa de la comunidad. La idea de libertad allí propuesta es una libertad comunicativa, que depende de los derechos de participación social, el grado de involucramiento de la sociedad en los poderes públicos, y la disponibilidad de la información³⁸⁸. Esta libertad se define como la libertad en un contexto comunicativo, es decir, que se orienta al entendimiento con un *otro*, y que requiere que los participantes se atribuyan mutuamente capacidad de racionalidad. Al admitir un diálogo con el *otro*, se adquiere el compromiso de cumplir las pretensiones y acuerdos que se han entablado; el respetar el diálogo es un reconocimiento de su autonomía y dignidad

³⁸⁷ KINDHÄUSER, Urs. 2009a. La fidelidad al Derecho como categoría de la Culpabilidad. En KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. Lima, ARA Editores. pp. 76 – 117; pp. 80 – 82.

³⁸⁸ *Ibíd*, pp. 84 – 85.

humana, y quebrar los compromisos comunicativos equivale a desconocer su racionalidad³⁸⁹. Al nivel de la sociedad, es el Derecho el que adquiere el rol de dar sentido a la interacción, y de encarnar los presupuestos para tener una interacción libre con el otro³⁹⁰. Es este proceso de interacción social el que da legitimidad a las normas: sólo las normas producto de un entendimiento social pueden ser legítimas. Todo el entendimiento descansa en una cierta lealtad, o responsabilidad solidaria hacia el proceso de entendimiento mismo, el cual adquiere materialidad en las acciones de los sujetos, como un “consenso previo al ejercicio de la libertad”³⁹¹. Esta es la llamada fidelidad al Derecho, y la base del sentido de la justicia en una sociedad liberal.

En el contexto penal, las normas tienen la función de estabilizar las expectativas de comportamiento de manera que sean ventajosas para todos. Citando el famoso dilema del prisionero, señala que las normas sólo tienen efecto si son cumplidas por una mayoría de sus destinatarios, pero que, debido a que es sumamente ventajoso para los sujetos quebrantar las normas mientras los otros las sigan respetando, debe asegurarse el

³⁸⁹ *Ibíd.*, pp. 92 – 96.

³⁹⁰ *Ibíd.*, pp. 97 – 98.

³⁹¹ *Ibíd.*, p. 102.

cumplimiento de las mismas a través de la imposición coercitiva³⁹². El quebrantamiento de la norma es una negación del consenso en que se basa el ordenamiento jurídico, lo cual niega también la autonomía comunicativa del resto de los intervinientes. Esta actitud de *free rider*, de quien se aprovecha del resto sin reciprocitar los compromisos comunicativos, constituye una falta grave al sentido de la justicia, y es lo que fundamenta el juicio de reproche³⁹³. Así puede explicarse el componente emocional detrás de un reproche de culpabilidad: el sentido de indignación ante quien ha decidido vulnerar las normas, violando así la confianza de la sociedad.

Kindhäuser adopta la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación. En su conceptualización de los fines de la pena, las primeras son el objeto del consenso social respecto a qué bienes jurídicos proteger, mientras que las reglas de imputación indican cuándo una persona será merecedora de pena, de acuerdo a los fines de la pena que se sostengan. Para Kindhäuser, de acuerdo a su concepto de fidelidad al derecho, las reglas de imputación señalan cuándo un sujeto ha actuado de forma contraria al sentido de la justicia de la sociedad, es decir, cuándo ha

³⁹² KINDHÄUSER, Urs. 2009b. Personalidad, Culpabilidad y Retribución. De la legitimación y fundamentación ético jurídica de la pena criminal, En KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. Lima, ARA Editores. pp. 16-38; pp. 22 – 23.

³⁹³ *Ibíd.*, pp. 26 – 27, y pp. 30 – 31.

desconsiderado la validez de sus normas, y la pena se entiende como la expresión de un reproche a través de la irrogación de un mal³⁹⁴. Las causas de exculpación son relativas al fin de la pena, y formulan las situaciones en las se puede entender que un ciudadano fiel al derecho se comporte, sin embargo, contrario al derecho³⁹⁵.

El modelo según el cual un ciudadano puede ser fiel al derecho, y a pesar de ello actuar en forma contradictoria a éste, es un modelo de intenciones escalonadas, que se basa en la distinción entre intenciones de primer orden, es decir, las intenciones que se refieren a acciones, y las intenciones de segundo orden, que se refieren a otras intenciones. Al cometer un delito, el sujeto se ha formado una intención de primer orden relativa a su acción, por ejemplo, de dispararle a otra persona; pero además ha fallado en formarse una intención de segundo orden relativa a actuar en forma no antijurídica, modificando sus intenciones de primer orden para adecuarse a lo que ordena el Derecho. El reproche de culpabilidad se hace a quien, teniendo el poder y el deber de formarse una intención de evitar el delito, no lo hizo. Las causas de exculpación, como el estado de necesidad

³⁹⁴ KINDHÄUSER, U. 2009C, pp. 502 – 503.

³⁹⁵ *Ibíd.*, p. 504.

exculpante, son definidas por una situación en la cual ya no existe el deber de motivarse conforme a derecho³⁹⁶.

En Chile, Juan Pablo Mañalich ha esbozado una tesis en esta dirección, basada en la libertad comunicativa y en la necesaria conexión de la legitimidad democrática de las normas con su legitimidad como razones para el comportamiento³⁹⁷. Mañalich toma como base la reconstrucción de las normas como razones para la acción, basado en el trabajo de Joseph Raz y profundizando lo expuesto por Kindhäuser. Las normas se entienden como razones protegidas, que surgen de una combinación de razones para la ejecución de acciones, y razones excluyentes para no actuar en forma contraria a esas acciones³⁹⁸. Así las normas se posicionan en la dimensión del razonamiento práctico; su naturaleza jurídica significa que son heterónomamente vinculantes, por lo que los sujetos están obligados a seguirlas aunque posean razones propias para la acción, o, en otras palabras, las normas jurídicas son razones para la acción que se superponen a todas las otras (no así razones no jurídicas, como el deseo de justicia, la necesidad de obtener sustento, etc). El contexto de aplicación del Derecho penal es

³⁹⁶ *Ibíd*, p. 506.

³⁹⁷ MAÑALICH, J. 2007, en particular pp. 180ss.

³⁹⁸ MAÑALICH, J. 2013b, p. 3.

cuando el sujeto ha ejecutado una acción a pesar de que cuenta con una razón protegida para evitarla³⁹⁹.

La aplicación de una sanción penal requiere que la persona esté en condiciones de adoptar la norma como razón primaria y de darle seguimiento, condiciones que son fijadas por las reglas de imputación⁴⁰⁰. Cuando hay una situación tan extraordinaria que se sale de los límites de lo esperado por el Derecho, se puede dar lugar a una exculpación. Las reglas de imputación definen objetivamente las circunstancias en que opera la exculpación, pero su forma de funcionamiento es subjetiva: es la aceptación de un quiebre en la identidad del sujeto, de una suspensión la expectativa de lealtad al derecho. A diferencia de las causas de inculpabilidad, en la exculpación se sigue reconociendo al sujeto como un ser racional, y en eso estriba su particularidad: se le exculpa porque no se toma su acción como expresiva de una voluntad desleal con el Derecho⁴⁰¹.

³⁹⁹ MAÑALICH, J. 2013b, pp. 5 - 6.

⁴⁰⁰ *Ibíd.*, p. 8.

⁴⁰¹ *Ibíd.*, pp. 22 – 24. En las líneas precedentes, Mañalich analiza la coherencia de una teoría de las normas basada en razones para la acción, y la exculpación por estado de necesidad, teniendo en cuenta que, *prima facie*, una situación de necesidad debería ser irrelevante para el juicio sobre la motivación del sujeto, pues tal situación se puede describir como un conflicto de razones, y para el Derecho las razones no jurídicas son, en virtud de su calidad de vinculante, excluidas. Por ello, desarrolla un paralelo entre la idea de *acrasia* en la teoría de la acción y la exculpación, concluyendo que en esta última hay una *suspensión* del juicio sobre la motivación del sujeto, sin validar la razón que efectivamente justifica su comportamiento. *Ibíd.*, pp. 14 – 20.

Esto no significa que se legitime la razón que el sujeto esgrime como explicación de su comportamiento, pues las únicas razones válidas para el Derecho son las propias normas jurídicas, pero es importante notar que ésta sí es relevante: el ordenamiento circunscribe el abanico de razones aptas para fundamentar una exculpación; si se aceptara todo, se estaría perdonando todo⁴⁰². Cuáles serían esas razones, y cuáles serían los fundamentos para incluir unas y excluir otras, es algo cuya exploración queda pendiente.

2.4. Balance.

Las interrogantes planteadas por el estado de necesidad exculpante están lejos de ser respondidas conclusivamente, y son todavía objeto de continuo debate. Aunque las teorías que buscan explicarlo hacen gala de una notoria variedad, todas encuentran sustento en una intuición moral que a su vez está en la base de la estructura del delito: para condenar a una persona por un hecho se requiere más que la realización de una acción prohibida o que esa acción cause daño a otro. Nuestro sentido de justicia exige que podamos reprochar moralmente esa acción; que podamos ver en

⁴⁰² *Ibíd.*, p. 25.

esa acción una expresión de la personalidad libre del autor, y en él, una actitud contraria a la justicia, que lo haga merecer el castigo. La historia del concepto de culpabilidad parece ser la historia de nuestra conciencia jurídica buscando una forma de hacer efectiva esta sensibilidad moral, de una forma que pueda explicar y hacer frente a las infinitas formas que adopta la realidad social.

Desde el inicio de la sistematización moderna del derecho penal (basado en el trabajo realizado por generaciones de juristas y filósofos de la antigüedad y el medioevo), se ha diferenciado entre el aspecto objetivo y subjetivo del delito, comprendiendo el primero el tipo y la antijuridicidad, y el segundo, la culpabilidad. La culpabilidad se basaba en la idea de libertad, de que las acciones provenían de la voluntad autónoma de los individuos, y que para que un hecho pudiese ser castigado como delito, debería verificarse la ausencia de circunstancias que atentaran contra dicha autonomía (como locura, embriaguez, etc). Sin embargo, esta construcción parecía demasiado simple como para aprehender todos los aspectos del delito y del reproche penal, y pronto se encontró con desafíos a los que no pudo hacer frente. Reinhart Frank percibió uno de estos desafíos (a saber, que el juicio de culpabilidad involucraba un reproche moral más allá de la

mera constatación de que el autor cometió el delito libremente, sino que traía consigo una dimensión moral más amplia, juzgando si ese hecho cometido libremente era, además, reprochable – aborrecible por la conciencia jurídica) e intentó remodelar la culpabilidad en respuesta. De ahí en adelante, esta discusión ha tomado elementos de muchas otras áreas, como la función social de la pena, la justificación del poder penal, el rol del Estado en la sociedad, etc. El lugar de la culpabilidad no es menor, pues siempre ha tenido una dimensión moral, manifestada actualmente en las distintas posiciones políticas y político-criminales en disputa. El lugar común parece ser la oposición entre retribucionismo y prevenciónismo, es decir, entre un derecho penal moralista y uno utilitarista⁴⁰³.

Dentro de este ámbito, el estado de necesidad exculpante ha demostrado ser muy esquivo. Su caso más representativo es el propuesto por Carneades, en su famoso ejemplo de los dos naufragos a la deriva en el mar, que se ven obligados a matarse el uno al otro para hacerse con la tabla que los podría mantener a flote, y como atestigua la discusión (que ya tiene siglos de antigüedad) sobre ese caso, sigue siendo difícil de encasillar. Su

⁴⁰³ Esta caracterización es algo caricaturesca, sólo con el objetivo de hacer aparecer de manera más clara la división en el debate penal. Para una explicación más detallada: MAÑALICH, J. 2007.

formulación más básica y abstracta sería la de un hecho cometido para salvarse a sí mismo de un peligro vital, que genera un daño en un tercero. Así caracterizado, la doctrina dice que sería injusto someter a un castigo a quien actúa para salvarse en esa situación, pues no tenía otra opción: no era libre. Sin embargo, mientras más complejidades se añadan al caso, más lejos a la respuesta inicial se llegará: si la acción de salvamento no era realmente necesaria (aunque el autor así lo haya pensado), si el peligro no era real, si el peligro fue causado por el autor, etc., todas ponen en duda la respuesta original.

En años recientes, la posición dominante señala que el estado de necesidad exculpante es una especie de híbrido: hay una disminución del injusto (pues se actúa para salvar un bien, lo cual es considerado positivamente por el ordenamiento) pero además hay disminución de la culpabilidad (pues la situación es tan excepcional que se ve comprometida la libertad del individuo). Contra dicha posición hay variadas teorías críticas, tales como la de Claus Roxin (quien ve en el estado de necesidad una falta de necesidad preventiva de pena), la de Gunther Jakobs o la de Urs Kindhäuser (quienes interpretan la acción bajo estado de necesidad como una acción que no expresa un déficit de fidelidad al derecho, ambos bajo

una concepción discursiva del derecho, aunque con bastantes matices que los distinguen). Aunque lleguen a soluciones distintas a partir de los mismos problemas, todas estas teorías tienen en común su fundamentación moral de la culpabilidad: la idea constante de que el derecho no puede castigar a quien no haya actuado de una forma reprochable, y que por lo tanto debe perdonarse a quien no haya tenido opción. En lo que sigue, se examinarán los problemas concretos que deben resolver estas teorías en la aplicación del estado de necesidad.

CAPÍTULO 3

EL ESTADO DE NECESIDAD COMO

CAUSA DE EXCULPACIÓN

Teniendo mayor claridad sobre los fundamentos teóricos del estado de necesidad exculpante, puede elaborarse sobre sus requisitos materiales y sobre su forma de aplicación. El artículo 10 N° 11 dice que se eximirá de pena a quien actúe “para evitar un mal grave a su persona para su persona o derechos o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

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

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

3ª. Que el 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.”

De esto pueden extraerse los requisitos para que exista una situación de necesidad, y para que tenga fuerza eximente.

En primer lugar, la situación de necesidad se define como una situación que constituyen un peligro para un determinado interés jurídico y que no puede ser superada sino al precio del sacrificio de otro interés jurídico⁴⁰⁴, lo cual enmarca los dos elementos *sine qua non* del estado de necesidad: que haya un mal que se trata de evitar, y que la única forma de hacerlo sea con una acción que dañe a otra persona, lo cual causa un conflicto entre ambos. Si sólo hay un interés jurídico en peligro (como en el caso de un peligro natural), no existirá estado de necesidad⁴⁰⁵. Por lo tanto deben estar presentes, por una parte, el mal que amenaza, y por otra, la acción lesiva de salvamento.

⁴⁰⁴ En palabras de NOVOA, E. 2005, p. 355

⁴⁰⁵ VARGAS, T. 2013, p. 749; NOVOA, E. 2005, p. 365; Acosta sólo menciona el mal que amenaza como característica esencial, aunque se refiere a la acción de salvamento, ACOSTA, J. 2013, pp. 700 – 701; sin

La legislación alemana del estado de necesidad exigía, antes de la reforma de 1962, una ponderación de **bienes** jurídicos, lo cual se transmitió a la doctrina internacional, razón por la cual en Chile hasta hace poco todavía se hablaba de ponderación de bienes. Actualmente, tanto la legislación alemana como la doctrina se refieren a la ponderación de **intereses** jurídicos, nomenclatura que tiene por objetivo añadir otros puntos de vista a la mera valoración de los bienes en pugna: así, se deben considerar las situaciones de los poseedores de los bienes, el interés de protección que el derecho tenga sobre una u otra posición, etc⁴⁰⁶. Por lo tanto, el conflicto característico del estado de necesidad se vuelve notoriamente más complejo que el de una mera comparación de bienes, y abre la puerta a valoraciones multidimensionales respecto de los distintos principios en juego.

embargo, también es pensable un caso en el que el interés jurídico puesto en peligro sea el mismo que se intenta salvar, por ejemplo, cuando un bombero arroja a un niño por la ventana de un edificio en llamas, causándole heridas pero salvándolo del fuego, CURY, E. 2013, p. 254.

⁴⁰⁶ BUSTOS, J. 1991, pp. 217 – 218; CURY, E. 2013, p. 253; VARGAS, T. 2013, p. 767; ROXIN, C. 1997, p. 674; JAKOBS, G. 1995, pp. 493 – 495.

3.1. El mal que se impide.

Respecto a los **bienes susceptibles de salvamento**, la ley exige actuar para evitar un “mal grave”, exigencia ausente en el artículo 10 N° 7. Para algunos autores, un mal “grave” es aquél que afecta a la vida o la integridad física, y no es grave un mal que lesione al honor o al patrimonio⁴⁰⁷, mientras que otros autores señalan que el artículo se refiere sólo a la intensidad del mal, y no necesariamente a los bienes cuyo salvamento puede fundamentar una exculpación. Estos autores señalan en defensa de esta postura que un daño a un bien patrimonial puede ser tan intenso como un daño a la vida, y que perfectamente puede fundamentar una exculpación⁴⁰⁸ (por ejemplo, un incendio que afecta todas las posesiones de una persona es, entendiblemente, un peligro tan grave como un peligro para su integridad física, pues limita sus posibilidades fácticas de vida). El Código Penal alemán, en su artículo 35, dice explícitamente que los bienes objeto de estado de necesidad exculpante sólo pueden ser vida, integridad física, y libertad. Esta cláusula no fue incluida en la ley chilena, pero el hecho de que el

⁴⁰⁷ ACOSTA, J. 2013, p. 702.

⁴⁰⁸ VARGAS, T. 2013, pp. 750 – 752; HERNÁNDEZ, H. 2011, p. 272; CURY, E. 2013, pp. 258 – 259; MAÑALICH, J. 2013a, p. 731.

artículo 10 N° 11 haya estado parcialmente basado en el Derecho penal alemán podría hacer pensar que esa limitación también es efectiva en nuestro derecho, sin embargo, la única limitación posible del catálogo de bienes defendibles está en que el mal debe ser “para su persona o derechos, o los de un tercero”: esto significa que debe afectar derechos individuales, en oposición a derechos colectivos (como el Derecho al Medioambiente limpio, o un derecho abstracto a la probidad de la Administración)⁴⁰⁹. Mañalich señala que esta limitación a los derechos individuales (entre los que se cuentan Derechos patrimoniales) no equivale a una restricción únicamente a derechos personalísimos (que excluyen a los derechos patrimoniales), aunque debe probarse que el peligro a bienes o derechos patrimoniales es equiparable a un peligro a derechos personalísimos⁴¹⁰.

El mal debe ser, además, **actual o inminente**, lo que se diferencia del artículo 10 N° 7, que exige que el mal sea “real o

⁴⁰⁹ Ibíd, p. 731; HERNÁNDEZ, H. 2011, p. 272; VARGAS, T. 2013, p. 751; ACOSTA, J. 2013, p. 703, donde señala que, aunque el artículo 10 N° 11 permite actuar a favor de personas distintas del actor, la redacción del artículo exige que sean personas individuales (“a su persona o derechos, o los de un tercero”), por lo que debe descartarse el actuar para precaver males comunitarios que afecten a “la comunidad” u otras entidades abstractas; POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. 2004, p. 219, en referencia a la legítima defensa, pero haciendo el mismo razonamiento, con los mismos fundamentos, respecto a los bienes defendibles. En el derecho alemán: ROXIN, C. 1997, p. 907.

⁴¹⁰ MAÑALICH, J. 2013a, p. 731.

inminente”. La doctrina ha definido con bastante precisión ambos términos, sobre todo en vista de la función del estado de necesidad exculpante, que es preservar la indemnidad de los bienes jurídicos. La actualidad del mal no se refiere a la agresión actual de la legítima defensa (que requiere cercanía a la tentativa por lo menos), sino que a períodos de tiempo considerablemente más grandes, pues se refiere a un peligro cuya producción es previsible si se mantiene el curso causal, y que aunque aún no sea inminente, posteriormente no sería posible hacerle frente, o sólo sería posible enfrentando riesgos aún mayores. La inminencia subraya una situación de **peligro permanente**, que es toda situación peligrosa que subsiste en el tiempo y que en cualquier momento puede desembocar en un daño (el ejemplo más claro y relevante es el del “tirano familiar”)⁴¹¹. Estos criterios pueden dar pie a una legítima defensa preventiva, si es que se prueba que, aunque no haya una agresión actual, si existe un peligro real de que se produzca⁴¹².

⁴¹¹ ROXIN, C. 1997, p. 680 y p. 906; JAKOBS, G. 1995, p. 500 y p. 691; JESCHECK, H. 1993, p. 325 y p. 440; CURY, E. 2013., p. 260; VARGAS, T. 2013, p. 752; BALDÓ, F. 1994, pp. 123ss.

⁴¹² ROXIN, C. 1997, p. 710.

El que sea “actual o inminente” implica que **el peligro deba ser real**, y no imaginado⁴¹³. La determinación del peligro se hace mediante una consideración objetiva *ex ante*, habiendo desacuerdo en la doctrina de qué significa exactamente un juicio de ese estilo. La tesis dominante es que, para saber si existe peligro, debe juzgarse según el punto de vista de un observador neutral (no del actor mismo) antes del hecho; este observador es una persona promedio “inteligente y sensata”, sin conocimientos especiales sobre el ámbito en que se produce el peligro⁴¹⁴. Jakobs, por otra parte, sostiene que el juicio debe hacerse según el grado de conocimiento de un “observador experto”⁴¹⁵. En ambos casos, no es relevante que la situación de peligro no se concrete, o que según un juicio *ex post* se determine que ni siquiera existía la probabilidad de un daño, pues si quien actúa en estado de necesidad lo hace bajo una suposición razonable de que existe un peligro, en cualquier caso actúa conforme a Derecho⁴¹⁶.

⁴¹³ Como señalan VARGAS, T. 2013, p. 752, ACOSTA, J. 2013., p. 703.

⁴¹⁴ ROXIN, C. 1997, pp. 677 – 679; JESCHECK, H. 1993, p.324. En ambos casos la definición se hace para el estado de necesidad justificante, con explícita mención de que es igual para el estado de necesidad exculpante.

⁴¹⁵ JAKOBS, G. 1995, p. 501.

⁴¹⁶ ROXIN, C. 1997, p. 678. Con la salvedad sobre el error que se verá más adelante.

De acuerdo a lo anterior, el peligro **debe ser conocido por el autor**, pues de otra forma no habría efecto alguno sobre la motivación, y no se podría hablar de un efecto exculpante⁴¹⁷. Es discutido si se exige un **elemento subjetivo** en la exculpación, es decir, si se exige una motivación de salvamento además del conocimiento del peligro. El caso relevante es el de una persona que actúa en una forma que objetivamente puede describirse como un estado de necesidad exculpante, pero lo hace bajo una motivación dolosa, por ejemplo, quien ejecuta gustoso las órdenes de un gángster, sin saber que éste lo mataría si no cumpliera (lo cual sería concurrente con un estado de necesidad coactivo). En la exculpación el sujeto ha actuado en forma antijurídica, y la razón tras su exención de responsabilidad es la calificación de su motivación como no reprochable, por lo que la opinión mayoritaria sostiene que, sin un motivo de salvar, el hecho es punible^{418 419}. Jakobs defiende una tesis minoritaria, según la cual (en

⁴¹⁷ MAÑALICH, J. 2013a, p. 730, nota 44.

⁴¹⁸ ROXIN, C. 1997, pp. 900 – 901; JESCHECK, H. 1993, pp. 437 – 438.

⁴¹⁹ Esta es la solución opuesta a la misma situación en la justificación. Si se actúa en forma *objetivamente* justificante, pero con una motivación dolosa, la opinión dominante es que se está frente a una tentativa, mientras que una opinión minoritaria, relacionada con el finalismo, dice que se está frente a un delito doloso consumado. Ambas coinciden en que existe una voluntad dolosa, pero la opinión dominante señala que, al tener la antijuridicidad un sustrato objetivo, la concurrencia de los presupuestos fácticos de justificación es suficiente para reducir la punibilidad. Además, se sostiene que la preposición “para” en “para evitar un mal” no equivale a una exigencia de una motivación especial de salvación, sino que sólo el

forma análoga a la exigencia de un motivo de salvamento en la justificación) la adscripción de responsabilidad penal no puede hacerse depender de un hecho interno no exteriorizado, pues se podría suprimir la imputación mediante un cambio de la motivación, con el mismo comportamiento externo. Para Jakobs, la sola concurrencia de las circunstancias objetivas lleva a una exculpación, si es que el autor tiene conocimiento de ellas; la exigencia contraria desplazaría la carga de la prueba sobre el análisis de la motivación, en perjuicio del autor. En el ejemplo dado más arriba, Jakobs es de la opinión que hay exención por estado de necesidad exculpante⁴²⁰.

Respecto del **error sobre los presupuestos objetivos** del estado de necesidad exculpante, la doctrina dominante mantiene la opinión de que el error invencible es siempre exculpante, habiendo disenso sobre la respuesta correcta frente al error vencible. Un sector de la doctrina, agrupado bajo la llamada teoría subjetiva del estado de necesidad, sostiene que, dado que el fundamento de la exculpación está en el

conocimiento de las circunstancias objetivas y de la situación de peligro; además, se señala que el Derecho no exige motivación especial para castigar, y que por lo tanto no puede exigirla para eximir. ACOSTA, J. 2013, p. 700; ETCHEBERRY, A. 1999, pp. 250 – 251; NOVOA, E. 2005, pp. 334ss; POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ, 2004, pp. 213 – 214; JAKOBS, G. 1995, pp. 431ss; JESCHECK, H. 1993, pp. 295 – 297; ROXIN, C. 1997, pp. 600 – 601; BALDÓ, F. 1994 pp. 138 – 143.

⁴²⁰ JAKOBS, G. 1995, p. 693.

compromiso motivacional o anímico que sufre el actor debido a la situación de peligro, no es relevante si esa situación de peligro existe o no, sino sólo si ha habido tal afectación a su psique, por lo que tanto el error invencible como el vencible son plenamente eximentes⁴²¹. La teoría objetiva, por el contrario, fundamenta el estado de necesidad en circunstancias objetivas distintas de la mera afectación psíquica (Roxin, en la necesidad de pena; Jakobs, en el quebrantamiento de expectativas jurídicas; Jescheck, en la suma de disminución de injusto y presión motivacional), por lo que si sus presupuestos fácticos no están presentes, no puede decirse que exista un estado de necesidad⁴²². Si es que el actor supone, por error invencible, circunstancias que de existir lo exculparían, lo que hay es un error *sui generis*, una categoría autónoma adyacente al error de tipo y al de prohibición, que exime completamente de culpa. Esto, debido a que su actitud interna sigue siendo irreprochable, pues actúa convencido de hacerlo conforme a

⁴²¹ HERNÁNDEZ, H. 2011, p.275.

⁴²² “El principio, formulado en general por un amplio sector, de que los presupuestos de la inexigibilidad imaginados con error inevitable tienen siempre, debido a la idéntica situación psíquica, el mismo efecto exculpante que los presupuestos conocidos acertadamente, es abiertamente incorrecta, ya que no tiene en cuenta que la exculpación depende de la posibilidad de afrontar de otro modo el conflicto”, JAKOBS, G. 1995, p. 622.

Derecho⁴²³. En caso de error vencible, los autores alemanes señalan que la pena debe atenuarse, pues hay una voluntad antijurídica expresada en un delito doloso. En nuestro derecho, al contrario que en el alemán, no hay una regla que regule este caso de error, por lo que la solución sigue estando abierta. Hasta ahora, Cury ha opinado que el hecho debe castigarse como delito doloso o imprudente, según sea el caso, aplicando la solución que la teoría limitada de la culpabilidad prescribe para el estado de necesidad justificante en el exculpante, mientras que Acosta, apoyando la opinión de Roxin, defiende la aplicación analógica de la regulación del error de prohibición, atenuando la pena⁴²⁴.

3.2. La acción de salvamento.

De la misma forma que en el estado de necesidad justificante, la conducta del autor debe ser una conducta típica, cuyos límites están dados por la ley en las circunstancias 2ª y 3ª del artículo 10 N° 11. De acuerdo a la circunstancia 2ª (“Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo”), sólo se exime de responsabilidad a la conducta necesaria⁴²⁵,

⁴²³ Esto en la legislación alemana está regulado expresamente por el artículo 35 inciso II. ROXIN, C. 1997, pp. 922 – 923; HIRSCH, H. 1995, pp. 55 – 57; JESCHECK, H. 1993, pp. 442 – 443.

⁴²⁴ CURY, E. 2013, p. 256 y p. 265; ACOSTA, J. 2013, pp. 703 – 704.

⁴²⁵ JAKOBS, G. 1995, p. 503 y p.691; JESCHECK, H. 1993, p. 436; BALDÓ, F. 1994, pp. 149 – 151.

que es aquella que se presenta como el último medio adecuado exigible, y produce el daño más leve en los intereses ajenos. Este requisito ha sido llamado subsidiariedad en nuestra doctrina, pero no ha habido acuerdo respecto de su validez para el estado de necesidad exculpante⁴²⁶.

No se produce la exculpación si el peligro era evitable de otro modo, ya fuera con una conducta conforme a derecho, o una conducta menos lesiva. Existe un deber de evitar el peligro mediante conductas no antijurídicas, por ejemplo, en casos de coacción, no se puede exculpar el homicidio del extorsionador si es que era posible eliminar el peligro recurriendo a la policía, o en el caso de violencia intrafamiliar, si era posible evitar más agresiones saliendo del hogar común. De todas formas, debe juzgarse la efectividad de esas medidas en cada caso: se ha probado que la huida de una situación de violencia intrafamiliar es pocas veces efectiva, y no se puede exigir a la víctima de un maltrato constante que soporte más daños sólo por una lealtad a la legalidad⁴²⁷. De la misma forma, no se exculpa una conducta si había un medio menos lesivo para prevenir el

⁴²⁶ Sobre el elemento de subsidiariedad en el estado de necesidad justificante: Etcheberry, Ob. Cit., p. 268; NOVOA, E. 2005, p. 368; POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. 2004, p. 233; COUSO, J. 2011b, p. 237. Sobre el estado de necesidad exculpante: HERNÁNDEZ, H. 2011, p. 269; VARGAS, T. 2013, p. 752; CURY, E. 2013, pp. 260 – 261.

⁴²⁷ ROXIN, C. 1997, pp. 903 – 904.

mal, e incluso se debe preferir sufrir daños leves antes que cometer una conducta antijurídica. Lo anterior es parte del juicio de exigibilidad: le es exigible al actor el sufrir ciertas desventajas si eso significa no intervenir en los intereses ajenos⁴²⁸. Jakobs añade otro requisito a la conducta: que ésta sea adecuada, es decir, que sea un medio capaz de producir el fin que se busca. Es inadecuada, por ejemplo, la interrupción del embarazo con el sólo fin de tratar la depresión de la madre⁴²⁹.

3.3. Estándar de proporcionalidad.

A diferencia del estado de necesidad justificante, en que sólo se exime de responsabilidad cuando se causa un mal menor al evitado, el artículo 10 N° 11 señala que se exculpará cuando “el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita”. En primer lugar, esto significa que la comparación se hace entre males, y no entre bienes⁴³⁰. Hay sectores de la doctrina que sostienen que la comparación es entre bienes, pero modificando la valoración de los bienes dependiendo de la situación concreta y del contexto social de sus titulares, como en el ejemplo de un

⁴²⁸ JESCHECK, H. 1993, p. 436; ROXIN, C. 1997., p. 905.

⁴²⁹ JAKOBS, G. 1995, p. 503.

⁴³⁰ MAÑALICH, J. 2013a, p. 732, nota 46; ACOSTA, J. 2013, p. 705; VARGAS, T. 2013, p. 761; HERNÁNDEZ, H. 2011, p. 272; ROXIN, C. 1997., pp. 682ss; JAKOBS, G. 1995, pp. 504ss; BUSTOS, J. 1991, pp. 217 – 218; CURY, E. 2013, p. 253; BALDÓ, F. 1994, pp. 160 – 161.

banquero que, para proteger su traje nuevo, le roba la chaqueta a un indigente. Allí hay colisión entre bienes de la misma jerarquía (la propiedad), pero no hay eximente justificante porque si la chaqueta es el único patrimonio del indigente, será para él más valiosa⁴³¹. La doctrina mayoritaria, que defiende que la comparación es entre males, sostiene que la escala jerárquica de los bienes es uno de varios factores a tener en cuenta en la valoración real del mal causado, junto a la intensidad de la afectación, el grado de proximidad del peligro, y las circunstancias personales de los titulares de los bienes⁴³². Hay bienes jurídicos que admiten distintos niveles de afectación, como la salud, la libertad, o la integridad física, por lo que una comparación de sus posiciones relativas en la escala de valores no resulta en una correcta apreciación del desmedro que sufren (incluso si existiera tal escala, pues como señala Hernández, aparte de la vida, no hay claridad respecto a qué lugar le corresponde a cada bien jurídico)⁴³³.

El mal causado no debe ser sustancialmente superior al evitado.

Aunque esta limitación no existe formalmente en la legislación alemana (y

⁴³¹ Antiguamente: NOVOA, E. 2005, pp. 362 – 363; actualmente: POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. 2004, pp. 230 – 231.

⁴³² Las diferencias entre ambas doctrinas son, finalmente, irrelevantes, pues ambas juzgan que la sola escala jerárquica de los bienes es insuficiente, y deben tomarse en cuenta otros elementos.

⁴³³ HERNÁNDEZ, H. 2011., p. 273.

por lo tanto, formalmente el daño podría ser sustancialmente superior al evitado), un sector de la doctrina (el que defiende la teoría de la disminución del injusto) sostiene que sí es necesario el respeto al principio de proporcionalidad, pues sólo así disminuye esencialmente el injusto de la acción. Con esto se intenta evitar la posibilidad de exculpar homicidios masivos u otros hechos igualmente aberrantes para la conciencia jurídica⁴³⁴. Otros sectores de la doctrina alemana, sin embargo, no aceptan esta posición y consideran que incluso el homicidio masivo puede ser exculpado si es que se cumplen los requisitos⁴³⁵. En la doctrina chilena esta discusión está relativamente saldada por mandato expreso de la ley⁴³⁶, aunque queda por definir exactamente qué significa “sustancialmente” en este contexto. La doctrina ha concordado hasta ahora que se requiere que los males “no estén significativamente alejados, aunque se encuentren en peldaños distintos”⁴³⁷, pero parece ser insatisfactoriamente vago. La adjudicación de qué comportamiento es exculpable corresponderá al juez según las demás

⁴³⁴ JESCHECK, H. 1993, p. 437.

⁴³⁵ ROXIN, C. 1997., p. 920; JAKOBS, G. 1995, p. 692.

⁴³⁶ Mañalich señala que es la ley la que define en qué circunstancias y con qué límites una acción deja delictiva de ser calificada como desleal al derecho, por lo que este requisito es plenamente concordante con un estado de necesidad exculpante fundado en la expectativa de motivación conforme a la norma. MAÑALICH, J. 2013a, p. 734.

⁴³⁷ HERNÁNDEZ, H. 2013, p. 273.

valoraciones jurídico penales disponibles⁴³⁸, pero hasta ahora parece ser una mera referencia a requisitos con mayor contenido, como la necesidad, explicada más arriba, y la no exigibilidad de la tolerancia del mal.

3.4. No exigibilidad de soportar el peligro.

La ley exige “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”. Esta fórmula es reconocida desde antaño en la doctrina para el estado de necesidad justificante. Novoa Monreal, por ejemplo, sostenía, en ausencia de mandato legal expreso, que esta exigencia estaba contenida en la definición de mal: “no constituye mal, por consiguiente, aquello que el ordenamiento jurídico impone al sujeto, aun cuando éste, subjetivamente, lo aprecie como un mal”⁴³⁹. Para Novoa, si se lesiona a quien tiene el deber de soportar un daño, no hay contrariedad al derecho pues en ese caso particular, el derecho no lo protege. Actualmente no se recurre a la definición de mal, sino que se entiende que éstos son factores objetivos que limitan la exigibilidad de otra conducta, y que están

⁴³⁸ VARGAS, T. 2013, p. 770.

⁴³⁹ NOVOA, E. 2005, p. 365.

contenidos en la interacción de obligaciones y derechos implícita tanto en el juicio de antijuridicidad como en el de exculpación⁴⁴⁰.

En general, la doctrina está conteste en que este requisito hace referencia a dos elementos distintos: al deber de soportar el peligro por la posición especial que se ocupa, o por el haber creado intencionalmente la situación de necesidad. La primera comprende a quienes ejercen cargos que implican hacer frente a situaciones peligrosas (como policías, soldados, médicos o bomberos), por lo que no pueden utilizar la eximente de estado de necesidad para evadir ese deber. Además, se incluye a quienes tienen una posición especial de garante, como los padres con sus hijos o los socorristas en las playas, quienes no pueden excusarse de desatender a su objeto de protección, aunque se encuentren en peligro. Esto rige sólo para los peligros específicos de su ocupación o deber, por lo que si encuentran en un contexto distinto no se aplica⁴⁴¹. Además, el deber no es de sacrificio absoluto de sus propios intereses (a nadie se le exige que ponga en juego su vida), sino sólo de hacer frente al peligro. El fundamento tras esta exigencia varía, pero por lo general se señala que, tal como la sociedad decide eximir

⁴⁴⁰ VARGAS, T. 2013, p. 759.

⁴⁴¹ ACOSTA, J. 2013, p. 709; ETCHEBERRY, A. 1999, p. 265; POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ. 2004, p. 232; VARGAS, T. 2013, p. 758; BUSTOS, J. 1991, p. 219; MAÑALICH, J. 2013a, pp. 736 – 737; JESCHECK, H. 1993, p. 438; JAKOBS, G. 1995, p. 511; ROXIN, C. 1997, pp. 913 - 915.

ciertos comportamientos por ser adecuados a sus principios generales de justicia, también se exige un sacrificio mayor a ciertos individuos, para así preservar los elementos que garantizan el funcionamiento de la colectividad⁴⁴².

El deber de soportar el peligro opera para el sujeto pasivo de la acción de salvamento, no para el actor en sí, quien debe solamente conocer este deber⁴⁴³. Así, si un sujeto actúa para salvar a un bombero en servicio, y tiene conocimiento de ello, no puede acogerse a la exención. Por el contrario, si no conoce esta característica del sujeto salvado, o si el bombero está fuera de servicio (por lo que el deber cesa), sí puede ser exculpado.

Respecto a la **responsabilidad por la producción del peligro**, las opiniones varían. En Chile, hay autores que dicen que se excluye la eximente cuando el autor ha causado el peligro dolosamente (pero dando la posibilidad de exención cuando se causa culposamente)⁴⁴⁴, aunque la doctrina mayoritaria sostiene que lo que genera responsabilidad no es la causación del peligro, sino que de la situación de necesidad misma. Quien haya podido prever que, al causar un peligro, se iba a ver forzado a lesionar

⁴⁴² Así, ROXIN, C. 1997., p. 915; JAKOBS, G. 1995, p. 694; MAÑALICH, J. 2013a, p. 737.

⁴⁴³ MAÑALICH, J. 2013a, p. 736.

⁴⁴⁴ ETCHEBERRY, A. 1999, p. 266, CURY, E. 2013, p. 261.

otro bien jurídico para sobrevivir, no puede acogerse a la exención⁴⁴⁵. El derecho no prohíbe el ponerse a sí mismo en peligro, por lo que la producción del riesgo no cuenta como “contrario a deber” o “culpable”, y no tiene relevancia para el juicio de culpabilidad. El sujeto se hace merecedor de pena cuando es responsable de la situación de conflicto de intereses, y previsiblemente se ha puesto en una posición en que debe causar un mal a otra persona para salvarse⁴⁴⁶. Mañalich describe la situación como función de una norma de incumbencia, que ordena a los sujetos el evitar ponerse en una posición en la que puedan quebrantar las normas de comportamiento. Así, a pesar de que no se le puede imputar el daño producido en estado de necesidad (por aplicación de las normas de imputación le era imposible motivarse conforme a derecho), se le reprocha el haberse puesto en esa posición, lo cual conlleva a un juicio independiente de culpabilidad. El origen de esta incumbencia, al no expresarse concretamente por la ley, está en la exigencia de que el soportar el peligro “no le pueda ser razonablemente exigido”, entendiéndose que le es exigible soportar el peligro a quien lo ha causado⁴⁴⁷. Jakobs, por otra parte, señala

⁴⁴⁵ ACOSTA, J. 2013, p. 710; VARGAS, T. 2013, p. 758 nota 42,

⁴⁴⁶ JESCHECK, H. 1993, p. 439; ROXIN, C. 1997., pp. 915 – 917.

⁴⁴⁷ MAÑALICH, J. 2013a, pp. 738 – 740.

que la causación de un peligro pone al actor en una posición especial de garante frente a los posibles afectados por la situación que ha creado, y es esta posición la que fundamenta la falta de exención⁴⁴⁸.

3.5. Personas susceptibles de protección.

A diferencia del derecho alemán, que sólo permite la actuación en beneficio de parientes cercanos y cónyuges, el derecho chileno no tiene restricción alguna sobre el sujeto pasivo de la acción de salvamento. Para la doctrina alemana antigua, esto se explicaba porque sólo el peligro para estos “allegados” fundamentaba la presión anímica requerida por el estado de necesidad⁴⁴⁹. Sin embargo, se ha criticado esta posición diciendo que no hay una relación entre la relación familiar o de cercanía y la presión emocional: es posible que uno no tenga una real conexión emocional con la familia. Por ello, la fundamentación de tal restricción debe encontrarse en un sustrato objetivo. Para Roxin, esto es porque la protección del círculo cercano de personas haya tanta aprobación en la opinión pública que debe ser

⁴⁴⁸ JAKOBS, G. 1995, pp. 695 – 696.

⁴⁴⁹ WELZEL, H. 1997, p. 216. Welzel postulaba un estado de necesidad supralegal en favor de terceros ajenos, basado en el verdadero altruismo requerido y el valor ético de tal decisión. Sin embargo, no fue aceptado por la doctrina. Vid Supra pp.130ss.

exculpado por razones preventivas⁴⁵⁰. Jakobs, por otra parte, señala que la relación afectiva simplemente se presume, y que se justifica la exculpación porque los intereses de tales personas le importan al actor tanto como los suyos propios⁴⁵¹.

En Chile, por el contrario, el salvamento de terceros no relacionados está expresamente permitido. Como se señaló más arriba, se debe actuar para proteger bienes personales, sin que sea eximente de responsabilidad la actuación para salvar bienes supraindividuales o colectivos. Queda pendiente la pregunta sobre la posible instrumentalización de la exculpante: un sujeto podría valerse de la oportunidad de salvar a un tercero para dañar a un rival. La desconfianza del legislador motivó la exigencia de que el autor “no actúe motivado por venganza, resentimiento, u otro motivo ilegítimo”, en la legítima defensa de terceros extraños, del artículo 10 N° 6, exigencia que, por cierto, no se encuentra en la legítima defensa de parientes, del artículo 10 N° 5. La explicación de ello podría ser que el legislador supone que, al defender a un pariente o a alguien cercano, se debe asumir que existe una motivación legítima de salvamento, mientras

⁴⁵⁰ ROXIN, C. 1997, p. 909.

⁴⁵¹ JAKOBS, G. 1995, pp. 691 – 692.

que al salvar a completos desconocidos no está claro si existe tal intención. Como se vio más arriba, la exigencia de una motivación especial es todavía debatido por la doctrina, pero hasta ahora en nuestra doctrina Mañalich ha sostenido que una antropología individualista de ese tipo, en la que la motivación predominante es el auto-interés, no está legislativamente validada y, por lo tanto, es posible interpretar el artículo 10 N° 11 como la expresión de que un comportamiento altruista es comprendido y, con ello, disculpado por la conciencia jurídica⁴⁵².

⁴⁵² MAÑALICH, J. 2013a, nota 32, pp. 736 – 737.

CONCLUSIONES

Con esta investigación se buscó hacer un análisis del artículo 10 N° 11 del Código Penal en todos sus aspectos, con el fin de responder a dos preguntas fundamentales: ¿regula este artículo un estado de necesidad sólo exculpante, o también justificante? ¿Cuáles son sus efectos y límites?

La primera pregunta fue explorada en la Primera Parte, partiendo de la discusión al respecto en Chile y de las distintas posiciones en juego. Una parte de los autores interpretaba el artículo 10 N° 11 como un estado de necesidad amplio, que comprendía una eximente justificante a la vez que una exculpante. Estos autores fundamentaban su posición en el principio de preponderancia, al cual otorgaban el rol de principio general del derecho penal, y que sería el punto de origen de la justificación supra-(o para)legal de las acciones cometidas para prevenir un mal mayor que el causado. La otra parte de los autores negaba esa interpretación, ciñéndose a una interpretación literal del artículo.

De las teorías expuestas, la de Juan Pablo Mañalich utiliza la conceptualización de las normas de justificación y reglas de exculpación como instancias de normas de comportamiento y reglas de imputación, para develar el sentido del artículo 10 N° 11. Profundizando en esta distinción, se examinaron los principios de la justificación, buscando responder si el principio de preponderancia tenía la capacidad o densidad teórica como para servir de fundamento material de una norma no escrita de justificación. Un análisis de la doctrina sobre el tema lleva a una respuesta negativa: el principio de preponderancia no puede cumplir ese rol, debido a que el estado de necesidad escapa de una gradación simple según una escala de males, y hay otros principios, como el de solidaridad, que tienen un rol más importante. Por ello, finalmente se desechó la interpretación del artículo 10 N° 11 como una eximente amplia, y se abrazó su conceptualización únicamente como una exculpante.

A partir de allí, se expusieron las distintas concepciones de la culpabilidad, desde la teoría normativa en adelante. Cada teoría tenía bases teóricas considerablemente distintas respecto a preguntas filosóficas fundamentales, tales como la existencia del libre albedrío, la función del Estado, o la función de la pena. Por lo anterior es imposible llegar a una

“respuesta correcta” sobre la naturaleza de la culpabilidad, y sobre la exculpación, pero a pesar de ello se pudo obtener una visión panorámica de la culpabilidad, con el cual desarrollar una interpretación útil de la eximente de estado de necesidad exculpante.

Finalmente, se resumieron los requisitos para que opere el estado de necesidad del artículo 10 N° 11, interpretando las partes obscuras de la ley, y elaborando sobre sus consecuencias a partir de la doctrina.

Para concluir, puede decirse que, independiente de la posición que se defienda, esta eximente es definida porque el sujeto comete un delito en una situación excepcional, y a pesar de que no se llega a permitir su acción, se le perdona. Esto nos dice bastante sobre las intuiciones morales en las que descansa el estado de necesidad exculpante, y que son compartidas por todos los países cuya literatura jurídica es conocida en Chile. Y es que, como sociedad, necesitamos reconocer que hay situaciones excepcionales, en las que incluso una persona controlada y de sangre fría, ha de cometer un delito para protegerse a sí misma o a sus seres queridos. No podemos concebir un derecho tan inflexible que no permita esa concesión a la fragilidad humana, y sobre todo a la incertidumbre de las circunstancias.

Pues en esos casos, a diferencia de todas las otras exculpantes, no hay dementes, o momentos de locura, o errores inexcusables, sino que hay una persona exactamente como uno, que actuaría como uno lo haría si se encontrara en esas circunstancias. Allí, el derecho le habla a quienes deben aplicarlo, y les dirige un sencillo mensaje: tengan piedad con aquellos que juzgas, pues son como tú. El derecho debe dar espacio a esta común humanidad y comprenderla, pues sin ese nivel de empatía, nuestra sociedad estaría condenada a la injusticia.

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA, Juan Domingo. 2013. Artículo 10 N°s 7 y 11 del Código Penal. Algunos criterios de delimitación. En VAN WEEZEL, Alex (ed.). Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Santiago, Legal Publishing. pp. 691 – 713.
- BACIGALUPO, Enrique. 1973. Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena. Revista de Ciencias Penales, Tomo 32, N° 1, Chile. pp. 38 – 46.
- BACIGALUPO, Enrique. 1998. Principios de Derecho Penal. Parte General. 5ta Edición. Madrid: Ediciones Akal.
- BALDÓ, Francisco. 1994. Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda. Barcelona, Editorial Bosch.
- BETTIOL, Giuseppe. 1970. Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno. En Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho. En Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Ediciones Panedille. pp. 639-651.

- BOUZAT, Andrés; CANTARO, Alejandro; NAVARRO, Pablo. 2007. El fundamento jurídico de un derecho de necesidad. *Revista Discusiones* (7): 117 – 154.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 1991. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed, Barcelona, Ariel.
- BYRD, Sharon. 1991. Till Death do us part: A Comparative Law approach to justifying lethal self-defense by battered women. *Duke Journal of Comparative & International Law*: 169-212.
- CEREZO MIR, José. 1995. La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española. En ESER, Albin, GIMBERNAT, Enrique y PERRON, Walter (Eds.). *Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*. Madrid, Ediciones Ciudad Universitaria. pp. 17 – 32.
- CEREZO MIR, José. 1997. *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26 – 40)*. 2da Edición. Madrid, Editorial UNED.
- CEREZO MIR, José. 2009. La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (LXII)*: 67 – 92.

- CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2010. Historia de la Ley 20.480.
- COCA VILA, Ivó. 2011. Entre la responsabilidad y la solidaridad. Estado de necesidad defensivo. InDret (1): 1 – 40.
- CÓRDOBA RODA, Juan. 1977. Culpabilidad y Pena, Barcelona, Casa Editorial Bosch.
- COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Hector (directores). 2011. Código Penal Comentado. Libro Primero (artículos 1 a 105): Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Abeledo Perrot.
- COUSO, Jaime. 2011a. Comentario al artículo 10 N° 4. En COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Hector (directores). Código Penal Comentado. Libro Primero (artículos 1 a 105): Doctrina y Jurisprudencia. Santiago: Abeledo Perrot. pp. 209 – 226.
- COUSO, Jaime. 2011b. Comentario al artículo 10 N° 7. En COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Hector (directores). Código Penal Comentado. Libro Primero (artículos 1 a 105): Doctrina y Jurisprudencia. Santiago: Abeledo Perrot. pp. 234 – 236.
- CURY, Enrique. 1985. Derecho Penal Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- CURY, Enrique. 2013. El Estado de Necesidad en el Código Penal Chileno. En MAÑALICH, Juan Pablo (coord.). La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro 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. pp. 249 – 266.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 1996. La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal. Medellín, Señal Editora.
- ESER, Albin, GIMBERNAT, Enrique y PERRON, Walter (Eds.). 1995. Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal). Madrid, Ediciones Ciudad Universitaria.
- ETCHEBERRY, Alfredo. 1973. La culpabilidad como fundamento y medida de la pena. *Revista de Ciencias Penales* 32 (1): 5 – 15.
- ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. Derecho Penal. Parte General. 3era Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- FERRANTE, Marcelo. 2007. Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos. *Revista Discusiones* (7): 57 – 77.
- FLETCHER, George. 2000. *Rethinking Criminal Law*. New York, Oxford University Press.

- FRANK, Reinhard. 1966. Estructura del concepto de culpabilidad. Traducción de SOLER, Sebastián. Santiago, Editorial Universitaria.
- FREUDENTHAL, Berthold. 2003. Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal. Editorial B de F: Buenos Aires.
- GARRIDO MONTT, Mario. 2007. Derecho Penal. Parte General, 4ª Ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y MUÑOZ CONDE, Francisco. 1996. Derecho Penal, Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch.
- GIMBERNAT, Enrique. 1970. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?. En Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho. Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa. Buenos Aires, Ediciones Panedille. pp. 495-523.
- GIMBERNAT, Enrique. 1973. La culpabilidad como criterio regulador de la pena. Revista de Ciencias Penales 32 (1), pp. 30 – 32.
- GIMBERNAT, Enrique. 1990. Estudios de Derecho Penal. 3ª Ed. Madrid, Tecnos.
- GIMBERNAT, Enrique. 1995. Justificación y exculpación en el Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítma defensa, estado de necesidad, colisión de deberes).

- En ESER, Albin, GIMBERNAT, Enrique y PERRON, Walter (Eds.). Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal). Madrid, Ediciones Ciudad Universitaria. pp. 63 - 71.
- GOLDSCHMIDT, James. 1943. La Concepción normativa de la Culpabilidad. Traducción de DE GOLDSCHMIDT, Margarethe y NÚÑEZ, Ricardo. Buenos Aires, Depalma.
 - HART, H.L.A. 1960. Prolegomenon to the principles of Punishment. Proceedings of the Aristotelian Society. New Series 60: 1-26.
 - HENKEL, Heinrich. 2005. Exigibilidad e inexigibilidad como principio normativo. Traducido por GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Buenos Aires, Editorial B de F.
 - HERNÁNDEZ, Héctor. 2011. Comentario al artículo 10 N° 11. En COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Hector (directores). Código Penal Comentado. Libro Primero (artículos 1 a 105): Doctrina y Jurisprudencia. Santiago: Abeledo Perrot. pp. 266 – 275.
 - HIRSCH, Hans Joachim. 1995. La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana. En ESER, Albin, GIMBERNAT, Enrique y PERRON, Walter (Eds.). Justificación y

Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal). Madrid, Ediciones Ciudad Universitaria. pp. 33 – 60.

- HÖRNLE, Tatjana. 2010. Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal. Traducción de PASTOR MUÑOZ, Nuria. InDret (2): 1 – 31.
- HRUSCHKA, Joachim. 2005a. Justifications and Excuses: A Systemic Approach. Ohio State Journal of Criminal Law 2(2): 407 – 414.
- HRUSCHKA, Joachim. 2005b. Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación. Pamplona, Editorial Thomson-Aranzadi.
- HRUSCHKA, Joachim. 2006. Causas de Justificación y Causas de Exculpación: La Tabla de Carnéades en Gertz y en Kant. ADPCP LVII: 6 – 17.
- JAKOBS, Günther. 1995. Derecho Penal: Parte General. Madrid, Marcial Pons.
- JAKOBS, Günther. 1997a. El Principio de Culpabilidad. En Estudios de Derecho Penal. Madrid, Editorial Civitas, pp. 365 – 393.
- JAKOBS, Günther. 1997b. Culpabilidad y Prevención. En Estudios de Derecho Penal. Madrid, Editorial Civitas, pp. 73 – 99.

- JESCHECK, Hans Heinrich. 1993. Tratado de Derecho Penal: Parte General. 4ª Edición. traducida por MANZANARES, José Luis. Granada, Conares.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 1950. El Criminalista, tomo II. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina.
- KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. Lima, ARA Editores.
- KINDHÄUSER, Urs. 2009a. La fidelidad al Derecho como categoría de la Culpabilidad. En KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. Lima, ARA Editores. pp. 76 – 117.
- KINDHÄUSER, Urs. 2009b. Personalidad, Culpabilidad y Retribución. De la legitimación y fundamentación ético jurídica de la pena criminal, En KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. 2009. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. Lima, ARA Editores. pp. 16-38.
- KINDHÄUSER, Urs. 2009c. La lógica de la construcción del delito. RAE, Revista de Análisis especializado de jurisprudencia 14: 499 – 509.
- MAÑALICH, Juan Pablo. 2003. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Revista de Estudios de la Justicia (3): 147 – 163.

- MAÑALICH, Juan Pablo. 2005. Pena y Ciudadanía. REJ – Revista de Estudios de la Justicia (6), pp. 63 – 83.
- MAÑALICH, Juan Pablo. 2007. La pena como retribución. Revista Estudios Públicos (108): 117 – 205.
- MAÑALICH, Juan Pablo. 2010. Norma e imputación como categorías del hecho punible. Revista de Estudios de la Justicia (12): 169 – 190.
- MAÑALICH, Juan Pablo. 2011. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. Revista de Derecho (Valdivia) XXIV (1): 87 – 115.
- MAÑALICH, Juan Pablo. 2013a. El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 no. 11 del Código Penal chileno. En VAN WEEZEL, Alex (Ed.). Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago de Chile, Legal Publishing. pp: 715-742.
- MAÑALICH, Juan Pablo. 2013b. La exculpación como categoría del razonamiento práctico. InDret (1):
- MAÑALICH, Juan Pablo. 2013c. Normas permisivas y deberes de tolerancia. En PAWLIK, M., KINDHÄUSER, U., WILENMANN, J. y MAÑALICH, J. La

antijuridicidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Editorial B de F. pp 177-276.

- MATUS, Jean Pierre. 2009. La protección de la seguridad personal en el Código Penal. Revista Ius et Praxis. Año 15 (1), pp. 387 – 396.
- MAURACH, Reinhart. 1962. Tratado de Derecho Penal. Traducción de CÓRDOBA RODA, Juan. Barcelona, Ediciones Ariel.
- MEZGER, Edmund. 1956. La culpabilidad en el moderno Derecho Penal. Valladolid, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho.
- MEZGER, Edmund. 1935. Tratado de Derecho Penal. Traducción de RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Vol. I.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. 2007. Teoría General del delito, 4ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. 2009. Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa. Revista de Estudios de la Justicia (11): 13 – 34.
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. 1995. Constitución Política y fundamento material del Principio de Culpabilidad. Revista Chilena de Derecho 22 (2): 189 – 200.

- NOVOA MONREAL, Eduardo. 2005. Curso de Derecho penal chileno, parte general. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- OSSANDÓN, Magdalena. 2012. Aborto y justificación. Revista chilena de derecho 39 (2), pp. 325 – 369.
- PERRON, Walter. 1995. Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes). En ESER, Albin, GIMBERNAT, Enrique y PERRON, Walter (Eds.). Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal). Madrid, Ediciones Ciudad Universitaria. pp. 73 – 106.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. 2004. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- RAWLS, John. 1955. Dos conceptos de reglas. Philosophical Review 64, pp. 3 – 32.
- RAZ, Joseph. 1970. The Concept of a Legal System. Oxford, Oxford University Press.
- ROBINSON, Paul H. 1990. Rules of Conduct and Principles of Adjudication. University of Chicago Law Review 57: 729-771.

- ROBINSON, Paul H. 1997. *Structure and Function in Criminal Law*. Oxford, Clarendon Press.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y DE LA FUENTE HULAUD, Felipe. 1989 – 1990. El principio de Culpabilidad en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (XIII)*: 125 – 153.
- ROXIN, Claus. 1973. La culpabilidad como criterio limitativo de la pena. Traducción de Yáñez, Sergio. *Revista de Ciencias Penales* 32(1): pp. 16 – 29.
- ROXIN, Claus. 1981. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Traducción de Muñoz Conde, Francisco. Madrid, Editorial Reus.
- ROXIN, Claus. 1992. *Política Criminal y Estructura del delito (Elementos del delito en base a la Política Criminal)*. Barcelona, Editorial PPU.
- ROXIN, Claus. 1997. *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 2a. edición alemana y notas por LUZÓN, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA, Miguel y DE VICENTE, Javier. Madrid, Civitas.
- ROXIN, Claus. 2002. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traducción de la 2da Edición de MUÑOZ CONDE, Francisco. Buenos Aires, Hammurabi.

- ROXIN, Claus. 2007. La Teoría del Delito en la discusión actual. Traducción de ABANTO, Manuel. Lima, Grijley.
- SANTIBÁÑEZ Torres, María Elena y VARGAS Pinto, Tatiana. 2011. Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480). Revista Chilena de Derecho 38(1): 193 – 207.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 1982. Sobre el estado de necesidad en el Derecho español. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) XXXV (III): 663 – 691.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 1999. Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad” que no implican deberes de tolerancia. En MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego – Manuel. Cuestiones actuales de la Teoría del Delito. Madrid, McGraw Hill. pp. 155 - 184.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2007. Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia. Revista Discusiones (7): 25 – 56.
- SOTO PIÑEIRO, Miguel. 1999. Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del “Principio de Culpabilidad” en el Derecho Penal Chileno. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año III (3): 233 – 253.

- TALA JAPAZ, Alberto. 1987. La estructura objetiva del injusto aplicada al estado de necesidad. *Revista Chilena de Derecho* 14(2 – 3): 313- 333.
- VARONA, Daniel y LARRAURI, Elena. 1995. *Violencia Doméstica y legítima defensa*. Barcelona, EUB.
- VARONA, Daniel. 1998. *La Eximente de Miedo Insuperable (Art. 20.6 CP)*. Tesis Doctoral. Universidad de Girona.
- VARONA, Daniel. 2010. El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta. *Revista Estudios de la Justicia* (12): 61 – 96.
- VARGAS, Tatiana. 2013. ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad Justificante y Exculpante. En VAN WEEZEL, Alex (ed.). *Humanizar y Renovar el Derecho Penal*. Santiago, Legal Publishing. pp. 743 – 774.
- VIAL DEL RÍO, Víctor Manuel. 1969. *La no exigibilidad de otra conducta como causa de exclusión de la culpabilidad*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- VILLEGAS, Myrna. 2010. Homicidio de la Pareja en violencia intrafamiliar. *Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal*. *Revista de Derecho* XXIII (2): 149-174.

- WELZEL, Hans. 1997. Derecho Penal Alemán. Parte General. 11va Edición. Traducción de BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. 4ta edición en español. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- WILENMANN, Javier. 2014. “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”. Revista de Derecho XXVII (1): 213 – 244.

JURISPRUDENCIA CITADA

- TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE PUENTE ALTO, 21 de junio de 2013, Contra Karina Sepúlveda Cisternas por parricidio, RUC: 1101060685-5, RIT: 166-2012, Redactado por la juez Gladys Camila Villablanca Morales.