



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Ciencias Penales**

## **ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO Y ABORTO**

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales

**DAVID SEGALL ROSENBLATT**

**Santiago, Chile**

**Marzo, 2016**

Profesor Guía: JUAN PABLO MAÑALICH

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto determinar cuál es la causa de justificación que puede aducir la mujer embarazada para poner término a un embarazo perjudicial para sus intereses jurídico penalmente relevantes. Para ello, se analizará el estado de la discusión moral y jurídica sobre el estatuto del feto, y, utilizando el célebre “Caso del Violinista” elaborado por Judith Jarvis Thomson como un supuesto análogo a la situación de embarazo, se estudiará la sistemática de los derechos de necesidad, así como también los requisitos de procedencia de cada una de las justificantes, para así determinar si la realización de una acción abortiva puede ser subsumida en alguna de ellas. El análisis conlleva a afirmar que la norma permisiva pertinente en el caso en cuestión resulta ser la del estado de necesidad defensivo, definido, en primer lugar, en torno a la noción de involucramiento de un individuo en la generación de un peligro para los bienes jurídicos de un tercero y, en segundo lugar, en atención a su especial estándar de ponderación, consistente en la prohibición de una causación de daños desproporcionada. Asimismo, el trabajo se aboca al análisis y posterior rechazo de las clásicas críticas que los contrarios al aborto suelen esgrimir, para finalizar con el estudio del Derecho positivo nacional con el objeto de determinar cuál norma de nuestro ordenamiento jurídico penal contiene la causa de justificación del estado de necesidad defensivo.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I: El problema de la delimitación del estatuto moral y jurídico del feto</b>	<b>10</b>
<b>1. El estatuto moral del feto o <i>nasciturus</i> –     aborto e infanticidio</b>	<b>10</b>
1.1. Feto como no-persona	11
1.2. Feto como persona	19
1.3. El argumento de la potencialidad	29
1.4. El argumento de Judith Jarvis Thomson	31
<b>2. Consideraciones acerca del estatuto jurídico     del feto en el Derecho chileno</b>	<b>34</b>
<b>3. Importancia de la determinación del estatuto     del feto para la procedencia del estado de     necesidad defensivo</b>	<b>37</b>
<b>CAPÍTULO II: El caso del violinista</b>	<b>45</b>
<b>1. Introducción – Presentación del caso</b>	<b>45</b>
<b>2. Contexto del caso: Una defensa del aborto</b>	<b>46</b>
<b>3. Justificación por parte de la Sociedad de     Amantes de la Música – Deberes de tolerancia</b>	<b>46</b>
3.1. Justificación por legítima defensa	47

3.2.	Justificación por estado de necesidad defensivo	48
3.3.	Justificación por estado de necesidad agresivo	48
3.4.	¿Estado de necesidad exculpante?	50
<b>4.</b>	<b>Justificación de la desconexión por parte de A</b>	<b>51</b>
4.1.	Legítima defensa	51
4.2.	Estado de necesidad defensivo	53
4.2.1.	Aspectos generales	53
4.2.1.1.	La necesidad de imputación entre la generación del peligro y la esfera de organización	54
4.2.1.2.	La conexión externa entre el peligro y la esfera de organización	59
4.2.2.	Responsabilidad por el propio cuerpo – Teoría del involucramiento	61
4.2.3.	¿Colisión de permisos?	72
4.2.4.	Consideraciones acerca del estándar de ponderación	79
4.3.	Estado de necesidad agresivo	88
	<b>CAPÍTULO III: Objeciones a la plausibilidad del aborto consentido</b>	<b>90</b>
1.	<b>El caso del violinista y el aborto: Feinberg vs. Thomson</b>	<b>90</b>
2.	<b>¿Posición de garante de la madre?</b>	<b>94</b>
	<b>CAPÍTULO IV: El estado de necesidad defensivo en el Derecho chileno</b>	<b>103</b>

<b>1. Análisis del art. 10 N° 11 del Código Penal chileno</b>	<b>103</b>
1.1. El artículo 10 N°11 como norma comprensiva de un estado de necesidad justificante	<b>104</b>
1.2. El artículo 10 N° 11 como norma únicamente comprensiva de un estado de necesidad exculpante	<b>105</b>
<b>2. La construcción supra-legal de un estado de necesidad defensivo</b>	<b>110</b>
2.1. Doctrina nacional	<b>110</b>
2.2. Doctrina extranjera	<b>111</b>
<b>3. El estado de necesidad defensivo y el sistema de indicaciones</b>	<b>113</b>
<b>4. Análisis del rendimiento justificante del estado de necesidad defensivo en el ámbito del aborto</b>	<b>115</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>121</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>124</b>

## TABLA DE CASOS

<b>Caso del violinista</b>	<b>45</b>
<b>Amenaza Inocente (“<i>Innocent Threat</i>”)</b>	
1ra variante	68
2da variante	69
3ra variante	72
<b>Villano Agresor (“<i>Villanous Agressor</i>”)</b>	<b>74</b>
<b>Los hombres rodantes</b>	<b>77</b>
<b>El hombre en el pozo</b>	<b>82</b>
1ra variante	83
2da variante	83
<b>El camarero-testigo</b>	<b>86</b>
<b>El bebé acoplado</b>	<b>91</b>
<b>La madre garante</b>	
1ra variante	97
2da variante	98

## INTRODUCCIÓN

No hay quizás, hoy en día, tema que altere y suscite las más variadas discusiones en el terreno público que la permisibilidad del aborto. Querida por algunos, aborrecida por otros, cada vez que una nueva iniciativa legislativa referente al tema se abre paso en nuestro Congreso Nacional, el tema copa portadas de periódicos y múltiples entrevistas radiales o en programas de televisión tienen lugar para así poner en la palestra las distintas argumentaciones de lado y lado.

En el marco de esta enriquecedora discusión público – académica, este trabajo pretende otorgar un compendio de las distintas posturas que se han dado en el debate, añadiendo un análisis referente a la exigente de responsabilidad penal a la que la doctrina ha usualmente hecho referencia cuando de justificar una acción abortiva se trata: el estado de necesidad justificante defensivo, institución jurídico penal no muy estudiada y de contornos y alcances deficientemente contruidos. Es por esto que este trabajo, sin ánimo de exclusividad, pretende otorgar herramientas para una adecuada y tal vez, más clarificadora delimitación de los requisitos de procedencia de esta causa de justificación.

Es por esto que, en el primer capítulo de esta memoria, se abordará el problema de la identificación del estatuto moral del embrión (así como también su estatuto jurídico) para luego llegar a uno de los casos que más debate ha generado en el ámbito de la permisibilidad moral del aborto: el caso del violinista, de Judith Jarvis Thomson, con el cual se pretende demostrar que la adscripción de la calidad de persona al feto no obsta a la posibilidad de causar deliberada y consentidamente un aborto. Es este particular ejemplo el que permite dar el salto hacia el segundo capítulo de esta memoria.

Así, en el segundo capítulo, se traslada una discusión desde el ámbito moral hacia el plano de lo jurídico. Es decir - mediando el caso del violinista – la pregunta

consiste en qué categoría jurídico penal puede aducir el sujeto que sufre una conexión no-consentida a otro para desconectarse, en el entendido que la referida acción de desconexión causará inevitablemente la muerte del sujeto conectado. Para ello, se abordará la sistemática de las causas de justificación desde la teoría lógico analítica del hecho punible, analizando la configuración de los deberes de tolerancia correlativos a una situación de justificación, así como el análisis propio de los requisitos de cada causa de justificación que se ven envueltos en el caso objeto de este capítulo. Finalmente, el capítulo se centrará en la causa de justificación del estado de necesidad defensivo, así como en la identificación correcta de sus requisitos de procedencia y aplicación, propugnando el reconocimiento doctrinal de esta justificante no sólo en lo que a situaciones abortivas se refiere, sino que como causa de justificación de aplicación general, que – por cierto - incluya dentro de su campo de aplicación la causación de la muerte del feto, siempre que se cumpla con los requisitos propuestos y especialmente, con el estándar de ponderación.

En el tercer capítulo de esta memoria, se abordarán ciertas elucubraciones teóricas cuyo objeto es negarle a la embarazada la posibilidad de efectuar un aborto consentido (en aras del resguardo de sus intereses jurídico – penalmente relevantes) aduciendo la justificante tratada en este trabajo (e incluso, cualquier otra categoría jurídico - penal que se crea pertinente). En particular, se rebatirán aquellas críticas tendientes a negarle a la madre la posibilidad de abortar en atención a su participación en una relación sexual consentida, así como también aquellas posturas tendientes a adscribirle deberes de garante (o, en su caso, alguna clase de deber ad-hoc) en pro del mantenimiento de su embarazo.

Por último, en el cuarto capítulo se revisará el estado de la discusión acerca del estado de necesidad defensivo en la doctrina chilena, con especial énfasis en la norma en torno a la cual ha girado el debate en cuestión: el art. 10 N° 11 del Código Penal. Asimismo, se evaluará la posibilidad de construir un estado de necesidad defensivo de las características defendidas en este trabajo de modo supra-legal. Ya para finalizar, realizaré un análisis del rendimiento justificante de la causa de justificación del estado de necesidad defensivo con las características defendidas en este trabajo, reiterando



la posibilidad de aplicarla de modo genérico a todas aquellos supuestos de hecho que sean susceptibles de ser subsumidos en sus requisitos de procedencia, entre ellos, las situaciones de embarazo gravosas para los intereses de la madre.

## **I.- EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DEL ESTATUTO MORAL Y JURÍDICO DEL FETO**

En este acápite, y tal como se señalara en la introducción, se tratará acerca de las distintas concepciones sobre el estatuto moral del feto, para así arribar al célebre “caso del violinista”. Asimismo, se hará una breve mención a las distintas posturas acerca de su estatuto jurídico en el ordenamiento jurídico chileno, con especial énfasis en las eventuales consecuencias que cada una de las posturas tendría para la justificación de una acción abortiva de la mujer vía estado de necesidad defensivo.

### **1. El estatuto moral del feto o *nasciturus*– aborto e infanticidio**

La determinación del estatuto moral del feto ha sido un problema latamente tratado por la doctrina. En efecto, el debate se suscita entre aquellas posturas que sostienen que el feto, al igual que un ser humano nacido, puede ser reconocido como “persona” y por ende, como titular de derechos subjetivos, entre ellos, el derecho a la vida. La postura contraria, en cambio, sostiene que el feto no puede ser catalogado como persona y por ende no puede ser considerado como titular de un derecho a la vida, de modo que su protección debe basarse en consideraciones ajenas a una supuesta titularidad de derechos subjetivos. Estas “consideraciones ajenas” aluden a un trato privilegiado del *nasciturus* a nivel constitucional o legal en compensación por su carencia de personalidad. De este modo, el desafío es determinar el estatuto moral bajo el cual es susceptible de ser tratado el feto para consecuentemente determinar qué opción ha sido recogida en la legislación nacional, así como las eventuales consecuencias que cada postura con su consecuente correlato jurídico tendrían para la dogmática del estado de necesidad defensivo (cuyos contornos y alcances serán tratados en el siguiente capítulo).

## 1.1. Feto como no-persona

En su ensayo titulado “Aborto e infanticidio”<sup>1</sup> publicado en 1972, Michael Tooley intenta demostrar que los seres humanos no nacidos no son titulares de un derecho a la vida, puesto que el feto no reúne las propiedades que debe satisfacer un ser viviente para ser considerado como persona. Once años después, en 1983, el autor publicó un libro con el mismo título abarcando extensamente la temática introducida por su primer artículo<sup>2</sup>. Sin embargo, la premisa en ambos textos es clara: la identificación de las mencionadas propiedades es condición *sine qua non* para la determinación de la existencia de personalidad del *nasciturus*.

En su ensayo más antiguo, Tooley establece que, en una concepción puramente moral del concepto de “persona”, la adscripción de personalidad implica que un sujeto A tiene un serio derecho moral a la vida. Es decir, el sujeto en cuestión tiene un derecho a no ser matado, lo que conlleva, de forma correlativa, a la existencia de una obligación de abstención por parte de un tercero, de modo que la infracción de la obligación consistente en no matar imputable a un sujeto B lleva consigo la vulneración del derecho a no ser matado del sujeto A<sup>3</sup>. Esto no es más que la configuración deóntica de todo derecho subjetivo.

En segundo lugar, en el mismo artículo, Tooley se pregunta qué condición específica debe satisfacer un sujeto para tener serio derecho a la vida. Y su respuesta gira en torno a la exigencia del “yo consciente”, de modo que “un organismo tiene serio derecho a la vida sólo si posee la idea del “yo” como sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales, y cree que es en sí mismo una entidad continua”<sup>4</sup>.

Ahora bien, y todavía en el primer ensayo, el concepto de “derecho”, según Tooley, está mediatizado por el de “deseo”, de manera que sólo se puede adscribir un derecho si es que el sujeto en cuestión manifiesta un deseo de gozar de los beneficios

---

<sup>1</sup> Al respecto, TOOLEY, MICHAEL. 1974. Aborto e infanticidio. *En*: Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral. 2º edición. Madrid. Ediciones Cátedra, pp. 69-107.

<sup>2</sup> Véase asimismo TOOLEY, MICHAEL. 1983. Abortion and Infanticide, Nueva York, Oxford University Press, 441 pp.

<sup>3</sup> TOOLEY. *Aborto e infanticidio*. *Op. cit.* en n. 1, pp. 78 y ss.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 78.

que acarrea la titularidad de un derecho en particular. Así, no podría sostenerse, según Tooley, que un sujeto X es titular de un derecho de propiedad sobre su automóvil si el sujeto no desea el derecho de dominio en cuestión. Trasladando el análisis al derecho a la vida, un sujeto sólo tiene derecho a la vida si es que desea continuar existiendo como tal. Sólo con la injerencia del deseo de continuar existiendo como un sujeto de experiencias y otros estados mentales es que se puede concluir que un sujeto tiene un verdadero deseo en su derecho a la vida, lo que genera la obligación correlativa por parte de terceros de abstenerse de vulnerar ese deseo, y en consecuencia, ese derecho<sup>5</sup>.

Además, cabe destacar que la existencia de un deseo está determinada por los conceptos que el propio sujeto titular del deseo maneja. Esto es obvio por cuanto resulta particularmente difícil que un sujeto desee algo si no posee el concepto de lo que quiere desear o si no ha vivido la experiencia en particular que implica el deseo en cuestión (por ejemplo, es altamente inviable que un Coreano del Norte desee vivir en democracia dado que el único sistema político que se encuentra en su horizonte es el régimen en el cual actualmente vive). Es así como “una entidad no puede desear que exista un sujeto de experiencias y otros estados mentales si no posee la idea de tal sujeto. Es más, una entidad no puede desear su propia continuidad de existencia como sujeto de experiencias y otros estados mentales si no piensa que ahora es tal sujeto”<sup>6</sup>.

Ahora bien, en 1982, Tooley refuerza su argumento, refutando la idea de autoconsciencia como condición de la personalidad. Así, si bien es necesario que para ser considerado persona un individuo deba tener en al menos un momento una noción continua de sí mismo, no se requiere para la adscripción de la calidad de persona de un estatus cognitivo de autoconsciencia. Esto queda fehacientemente clarificado en el caso, puesto por el autor, en el cual un sujeto no tiene memoria del pasado pero aún así tiene creencias y deseos en el futuro que pueden constituirse en intereses no-momentáneos. En consecuencia, Tooley rechaza la idea de autoconsciencia como

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 81.

estatus cognitivo necesario para la adscripción de personalidad<sup>7</sup>, pasando a cobrar relevancia la existencia de intereses no-momentáneos.

De esta forma, el nuevo argumento de Tooley parte sosteniendo que en el reconocimiento de un derecho subjetivo subyace la noción de “interés”. La relación entre ambos conceptos se encuentra primariamente configurada por el así llamado “principio del interés particularizado”, en virtud del cual “la adscripción a P de un derecho a no ser matado sólo puede estar fundada en el hecho de que P sea portador de un interés que se vea *específicamente* promovido por la adscripción de ese mismo derecho”<sup>8</sup>. ¿Dónde quedan los deseos en esta nueva configuración? Los deseos o preferencias son los pilares a partir de los cuales se construye un interés y requieren de la constatación en un individuo de la existencia de, al menos en un momento, el concepto de continuidad de sí mismo (aunque sin caer en la autoconsciencia). Así, los intereses presuponen los deseos, aunque no necesariamente deben existir en el mismo espacio de tiempo (de tal forma que un deseo sea correlativo a un determinado interés). En suma, una de las grandes diferencias entre la antigua y la nueva propuesta de Tooley es que en esta última introduce el concepto de “interés” para aducir que un individuo no puede tener un derecho si no tiene un interés en los beneficios que le reportarían la adscripción de ese derecho (en el caso del derecho a la vida, este puede ser atribuido si el sujeto tiene un interés en *no ser matado*), pasando a ser los deseos un presupuesto de un cierto interés (por cuanto, como ya se mencionó, la constatación de un interés requiere que en algún momento haya existido un deseo en el individuo, con independencia de que no sean temporalmente correlativos).

Es a partir de esta nueva configuración de la teoría de Tooley que Mañalich llega a la conclusión de que para reconocer un interés de un individuo en su propia supervivencia es necesario “que el ente en cuestión sea sujeto de cualquier deseo cuya satisfacción dependa, *en un sentido no trivial*, de su propia supervivencia. En estos términos, el estatus normativo de persona es exhibido por todo ente que sea

---

<sup>7</sup> Véase TOOLEY. *Abortion and Infanticide. Op. Cit.* en n. 2, pp. 144 y ss.

<sup>8</sup> MAÑALICH, JUAN PABLO. 2014. La permisibilidad del aborto como problema ontológico. *Revista Derecho y Humanidades* (23): 305-333, p. 317.

sujeto de intereses no – momentáneos”<sup>9</sup>. Y, siguiendo aquí a Hoerster, pasa a afirmar que sólo un deseo referido al futuro (por oposición a uno referido al presente) puede predicarse como uno que sirva de base al interés en la supervivencia no puntual, es decir, no-en-un-específico-momento, de modo que sólo podrá ser titular de un derecho a la vida aquel sujeto al cual se le pueden adscribir deseos temporalmente diferidos. Así, para estos 2 autores, lo anacrónico del deseo (es decir, su referencia al futuro) es constitutivo del carácter no – trivial del interés en cuestión. Por ejemplo, el deseo de un sujeto de querer alimentarse el día de mañana se constituye como un deseo referido al futuro que puede servir como base para reconocer en él un interés no trivial en su propia supervivencia, cuya constatación resulta clave para la adscripción de un derecho a la vida. Esto, pues el hecho del anacronismo del deseo permite que el sujeto manifieste un interés en su supervivencia hasta que el deseo en cuestión se vea satisfecho. Por el contrario, un deseo referido al presente (v.gr., alimentarse *ahora*) implica que sólo se tiene interés en vivir hasta la consecución de tal deseo, de manera que ese interés se constituye como un mero medio para la satisfacción de tal deseo y en consecuencia no se le puede asignar mayor peso que el deseo que se pretende satisfacer<sup>10</sup>.

Con esto, cabe concluir que, en consideración a las premisas expuestas, no puede reconocerse al feto la calidad de persona, y por ende la titularidad de un derecho (moral) a la vida, puesto que no puede afirmarse que el feto sea capaz de tener deseos temporalmente diferidos que puedan dar lugar a un interés en el aseguramiento, a futuro, de su propia existencia. Y es que malamente puede afirmarse que un *nasciturus* sea capaz de representarse, al momento de alimentarse en el útero de su madre, la necesidad de alimentarse al día siguiente para asegurar su supervivencia. Incluso en la primera elaboración del argumento de Tooley habría que descartar la personalidad del feto, dado que resulta inverosímil sostener que tenga una consciencia del “yo” como sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales, en particular dado que no es susceptible de ser reconocido en el *nasciturus* un deseo en la continuidad de su propia existencia que sea demostrativa de una noción del “yo consciente”. Además, no

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 319-320.

puede considerarse al feto como poseedor de un deseo en tanto no cuenta con los conceptos y experiencias específicos que puedan dar lugar a una expresión inequívoca de un derecho a la vida.

Hasta aquí, la teoría parece ser congruente. En efecto, a partir de lo expuesto, parece complejo adscribir la calidad de persona a un individuo de la especie humana no – nacido. Sin embargo, se presenta una gran dificultad, advertida también por el mismo Tooley<sup>11</sup>. Y es que una noción liberal de aborto basada en una teoría como la ya expuesta se topa con el problema del estatus de los niños recién nacidos: si es persona quien posee un interés no – trivial en la continuación de su existencia, estando mediada esta falta de trivialidad por la necesidad de constatar un deseo referido al futuro, es decir, temporalmente diferido, malamente puede adscribirse la calidad de persona (y por ende, de titular de un derecho a la vida) a los recién nacidos. De este modo, y siendo consecuentes, quienes sigan a rajatabla este argumento se ven obligados a afirmar que es moralmente permisible dar muerte a los recién nacidos en sus primeros meses de vida.

Con esto, nos encontramos frente a una (aparente) paradoja: o somos estrictamente consecuentes con la teoría moral adoptada y por ende debemos permitir que se dé muerte a los recién nacidos o renunciamos a la teoría ante la permisibilidad de una acción que aparece intuitivamente como incorrecta. Sin embargo, y como ya se señaló, la paradoja es sólo aparente, puesto que la tesis de Tooley “desconoce que el discurso moral es enteramente insuficiente para la articulación de estándares de comportamiento que en efecto puedan desempeñar la función de una norma en cuanto premisa de razonamiento práctico, a saber: la de servir como razón perentoria – o “excluyente”- para la acción”<sup>12</sup>. Es decir, este es uno de los casos en los cuales es patente que la moral como orden normativo no puede servir como norma de comportamiento jurídico penalmente reforzada que otorgue directrices para la acción. En efecto, existe un interés del ser humano en el aseguramiento de la supervivencia

---

<sup>11</sup> Ya en su primer artículo Tooley afirmaba elocuentemente que resultaba muy difícil formular una teoría liberal respecto al aborto sin toparse con el problema del infanticidio. En este sentido, véase TOOLEY. *Aborto e infanticidio*. *Op. Cit.* en n. 1, pp. 70 y ss.

<sup>12</sup> MAÑALICH. *Op. cit.* en n. 8, p. 324.

de la especie que impide que una regla simplemente basada en principios morales pero sin rendimiento regulativo alguno rija como estándar de conducta en un ordenamiento jurídico. Si bien el recién nacido no puede ser aún considerado como persona, se requiere de una coyuntura en virtud de la cual ya no sea posible para la mujer aducir su autonomía reproductiva como argumento para dar muerte a la criatura, puesto que gozó de aquella posibilidad durante todo o parte del tiempo que duró su embarazo. Además, la permisibilidad de una acción de producción de la muerte del recién nacido como norma en el ordenamiento jurídico penal se prestaría para matar a niños con deficiencias físicas o mentales, e incluso, a bebés que simplemente no satisficieron, por alguna nimia razón, el gusto de sus padres (lloraba demasiado, etc...). Así, la permisión del infanticidio podría servir como instrumento de limpieza étnico – familiar, lo cual atenta a todas luces contra la preservación de la especie humana y pareciera ser digno de un Estado totalitario más que de un Estado democrático de Derecho.

Una solución como la expuesta (con la precisión hecha en el párrafo anterior) no sólo aparece como dogmáticamente correcta, sino que permite también desterrar las pretensiones de validez de aquellas teorías que promueven la consideración del feto como persona y, por ende, como titular de un derecho a la vida, lo cual atentaría en contra de la autonomía reproductiva de la mujer (entendida como un interés personalísimo en virtud del cual le compete a la madre la decisión acerca de cuándo, cuántos y en qué condiciones dar a luz a un hijo, de modo que este interés está intrínsecamente vinculado a su vida privada y libertad personal)<sup>13</sup> y su dignidad humana<sup>14</sup>. En efecto, la teoría de Tooley, complementada por Mañalich, promueve la consideración de la persona como un fin en sí mismo y no como un mero medio para

---

<sup>13</sup> BASCUÑÁN, ANTONIO. 2004. La píldora del día después ante la jurisprudencia. Estudios Públicos (95):43-89, p. 71. Asimismo, véase MAYER, LAURA. 2011. La vida del que está por nacer como objeto de protección legal. Revista de Derechos Fundamentales (5): 63-80, p. 74, para quien el principio de autonomía reproductiva de la mujer se encuentra constitucionalmente manifestado en el ordenamiento jurídico chileno en la protección que la Carta Fundamental dispensa a la vida privada (art. 19 N° 4), la libertad de conciencia (art. 19 N° 6), la libertad personal (art. 19 N° 7), así como también en el art. 1° del mismo cuerpo normativo.

<sup>14</sup> Esta constatación se da con total independencia de que, tal como se verá posteriormente el hecho de que se considere al *nasciturus* como persona no obste a la permisión del aborto aduciendo un estado de necesidad justificante defensivo.



la conservación de la vida o un derecho de un tercero, reproduciendo así un ideal que data desde hace ya cientos de años con la formulación del imperativo categórico kantiano.

En un argumento parecido a la primera formulación de Tooley, Joel Feinberg, al hacerse cargo de la pregunta acerca de en qué momento el feto adquiere el estatus de persona (si es que existe tal momento), se inclina por lo que él denomina como “*the actual – possession criterion*”<sup>15</sup>, en virtud del cual sólo aquellos entes que en un cierto espacio de tiempo pueden ser calificados como actuales poseedores de ciertas características (entre ellas, ser consciente, tener un concepto de sí mismos, ser capaces de experimentar emociones, etc...<sup>16</sup>) pueden ser reconocidos como personas en un sentido moral, a las cuales se les puede adscribir un derecho a la vida. Es decir, el autor iguala los conceptos de “*moral person*” con el de “*actual commonsense persons*”<sup>17</sup>, en el sentido de que un individuo que posea las características ya mencionadas siempre deberá ser considerado como persona titular de derechos subjetivos y viceversa. Sin embargo, el autor advierte el gran problema que enfrenta esta alternativa teórica: supondría que los recién nacidos no son personas (ya que no reúnen los atributos necesarios para ser calificados como tal) y por ende la causación deliberada de la muerte de un bebé no implica violación alguna de sus derechos, con lo que su muerte no podría ser calificada de homicidio – infanticidio. Ante esta

---

<sup>15</sup> A mayor abundamiento, véase FEINBERG, JOEL. 1992. *Abortion*. En: *Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays*. Nueva Jersey. Princeton University Press, pp. 51 y ss. En efecto, en su formulación original el criterio en cuestión reza como sigue: “*At any give time t, all and only those creatures who actually possess C are moral persons at t, whatever species or category they may happen to belong to*”. La traducción reza “En cualquier tiempo *t*, todas y solamente aquellas criaturas que actualmente posean *C* son personas morales en *t*, independientemente de la especie o categoría a la cual pertenezcan”. Por “*C*” debe entenderse el conjunto de características que, según el autor, debe reunir un individuo para ser considerado como persona en sentido moral.

<sup>16</sup> Véase *Ibid.*, p. 43, para una enumeración de estas características.

<sup>17</sup> Trascendental resulta la distinción realizada por FEINBERG, pp. 40 y ss. entre un concepto normativo (ya sea moral o legal) y descriptivo de persona. Cuando se utiliza en su acepción normativa, se alude a la adscripción de derechos y deberes. Esto es, para ser persona en un sentido moral (*moral person*), es necesario ser titular de derechos y obligaciones. Por otro lado, en un sentido descriptivo, el concepto de persona está intrínsecamente relacionado con la atribución de ciertas características o propiedades convencionalmente determinadas, en virtud de las cuales se considera persona al individuo que las detenta. Esta noción de persona definida por la posesión de determinadas características es denominada “*the commonsense concept of personhood*”. Así, un ente es titular de derechos (*moral person*) en la medida que se constate que detenta las características que convierten a algo-en-persona (*actual commonsense persons*) y viceversa.

constatación, Feinberg reconoce que existen potentes argumentos para impedir el homicidio indiscriminado de recién nacidos bajo consideraciones utilitaristas (entre ellas, un interés de índole demográfica), con lo cual reconduce, en cierto sentido, su argumento a la idea de la insuficiencia regulativa del discurso moral para el otorgamiento de estándares de conducta jurídicamente reforzados<sup>18</sup>.

Coincidiendo con lo acotado por Feinberg y Tooley, Louis P. Pojman establece la distinción entre *natural rights* y *social rights*. Los primeros son aquellos que le pertenecen a un individuo por sus características intrínsecas, mientras que los segundos corresponden a aquellos derechos que la sociedad otorga a ciertos entes por considerarlos valiosos. Así, del mismo modo que la sociedad protege a animales en peligro de extinción o a un bosque de preciados árboles, el cuerpo social opta por la protección del recién nacido, a pesar de su no – personalidad, debido a consideraciones utilitaristas. Y esta protección, evidentemente, se hace por ley, por medio del establecimiento de normas de comportamiento jurídico – penalmente reforzadas<sup>19</sup>.

Así, y ya para terminar este acápite, cabe destacar que la consideración de un individuo como persona mediante la constatación de la existencia en este de ciertas características fundamentales (ya sea la “consciencia del yo” o la presencia de un interés no trivial en la propia supervivencia basado en deseos temporalmente diferidos) se desentiende del criterio que la legislación chilena utiliza para la adscripción de personalidad, cual es, el hecho del nacimiento. Y esto no debe extrañar en lo absoluto, puesto que es simplemente una muestra más de la incapacidad regulativa del discurso moral que conlleva, en este caso, a una evidente diferenciación en cuanto al momento jurídicamente relevante de adscripción de personalidad<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>19</sup> POJMAN, LOUIS P. 2010. Abortion: A defense of the personhood argument. En: VAUGHN LEWIS. Contemporary Moral Arguments. Readings in Ethical Issues. 2° edición. Nueva York. Oxford University Press, p. 147.

<sup>20</sup> Para un adecuado entendimiento de la impotencia regulativa del discurso moral y la necesidad de fijar un hito que permita minimizar el riesgo de causación de la muerte de niños – personas, véase en *infra* 1.2 la distinción entre norma ideal y norma práxica, formulada por Hoerster y recogida por Mañalich.

Sin embargo, varios autores sostienen que la adscripción de personalidad debe realizarse no tras constatar que un sujeto puede tener un interés no trivial en su propia supervivencia y tampoco al constatar que el ser humano ya se encuentra nacido (lo cual, como ya se dijo, es el criterio delimitador en el derecho chileno), sino que en un momento anterior: la concepción, esto es, la fecundación de un óvulo por un gameto masculino. Acerca de estas posiciones se tratará en el apartado siguiente.

## 1.2. Feto como persona

Una de las principales premisas en las que se basa la idea de que el feto debe ser considerado como persona (y en consecuencia, titular de un derecho a la vida) radica en la consideración de la pertenencia a la especie humana como moralmente relevante para tal atribución de derechos. Es decir, por el mero hecho de pertenecer el *nasciturus* a la especie *homo sapiens* se deduce su calidad de persona. Este argumento, que denominaré como *especismo*, se hace patente entre los autores que adscriben a esta postura cuando, por ejemplo, Hernán Corral afirma que “el concebido, en cuanto ser humano actual y no en potencia, es decir, **sustancia individual perteneciente a la especie humana, tiene derecho a la vida** y...merece ser defendido contra las acciones de terceros que persiguen su muerte”<sup>21</sup> (el énfasis es nuestro). En el mismo sentido, Robert Spaemann afirma que “O bien un hombre es hombre por su pertenencia biológica a la especie, o bien sólo lo es a partir de un grado determinado de espiritualidad actualizada. Pero entonces un recién nacido tiene menos derecho a ser protegido que un perro pastor adulto, con el que, sin duda, es posible una mayor comunicación”<sup>22</sup>. Con esta aseveración, el autor deja entrever su preferencia por la primera opción, que encarna a su vez otro argumento esgrimido por los simpatizantes de esta postura: el rechazo al *especismo* traería como consecuencia ineludible que sean los mismos hombres quienes pueden determinar qué individuo será susceptible de ser calificado como persona, lo cual sería contrario al orden natural

---

<sup>21</sup> CORRAL, HERNÁN. 2005. El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100003&script=sci_arttext)> [consulta: 23 de agosto 2014].

<sup>22</sup> SPAEMANN, ROBERT. 1974. Al final del debate sobre el artículo 218 del Código Penal. *En*: Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar. Madrid. Ediciones Internacionales Universitarias. Pp. 339-346., p. 341.

y a los derechos que emanan de la naturaleza humana y que, a su vez, podría derivar en graves atentados contra la dignidad humana al poder determinar un grupo de individuos si otros tienen o no la calidad de personas<sup>23</sup>.

La incidencia del *especismo* como criterio moralmente relevante para la determinación de la adscripción de la calidad de titular de derechos ha sido objetada por Michael Tooley<sup>24</sup>, basado en su distinción entre *basic moral principles* (principios morales básicos) y *derived moral principles* (principios morales derivados), siendo los primeros aquellos cuya aceptación puede predicarse independientemente de su vinculación con un determinado hecho, mientras que los segundos, *a contrario sensu*, requieren para su aceptación de su enlace con una situación de hecho.

Así, según Tooley, la estrategia para verificar si un determinado principio puede ser calificado como básico es determinar la existencia de acciones que no sean subsumibles en el principio, pero que parezcan incorrectas por alguna razón<sup>25</sup>. De esta forma, uno debe preguntarse si el postulado “es incorrecto matar a seres humanos inocentes” puede ser extendido de tal modo que no sólo incluya la causación de la muerte de seres humanos, sino que de otras especies. Y la respuesta no puede sino ser afirmativa. Puesto que pareciera ser que, en nuestra cotidianeidad, repudiamos profundamente la matanza de ciertos seres vivos no-humanos, mientras que la muerte de otras especies nos parece totalmente irrelevante. Por ejemplo, la matanza de ballenas (con supuestos fines científicos) en las aguas antárticas por parte de balleneros japoneses ha sido rechazada por gran parte de la comunidad internacional. Incluso, se han creado variadas organizaciones ecologistas (Sea Shepherd, entre otras) que envían sus propias embarcaciones a las aguas antárticas para enfrentarse con los pesqueros japoneses en plena temporada de caza. Sin embargo, a nadie parece importarle la disminución de la cantidad de abejas en nuestro país o, en general, el bienestar de cualquier especie perteneciente al mundo de los insectos. Ya

---

<sup>23</sup> En este sentido CORRAL, *Op. Cit.* en n. 21, cuando afirma que “la práctica prueba que la desvinculación entre las nociones de persona y vida humana son funcionales a una desprotección jurídica de la vida de ciertos seres humanos, la que es dejada en manos de la decisión de otros para el logro de sus propios intereses: de autonomía, libertad, realización personal, etc...”

<sup>24</sup> TOOLEY. *Abortion and infanticide. Op. cit* en n. 2, pp. 61 y ss.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 67.

en un plano individual, probablemente más de alguna persona ha matado en su habitación a una molesta araña o mosca. Pero la decisión y determinación que mostramos al dar muerte a estos insectos cede cuando, por alguna razón, debemos matar a un gato, un perro, un elefante o una ballena<sup>26</sup>.

Un fenómeno tan común como el descrito demuestra que en nuestro ideario colectivo matar a individuos de ciertas especies aparece como permisible (o indiferente), mientras que la muerte de otras es considerada como incorrecta. Así, la pertenencia a una especie no puede considerarse como un principio moral básico, por cuanto la formulación del principio “es incorrecto matar a seres humanos inocentes” es dependiente de su vinculación con un determinado hecho, a saber, que los seres humanos son sólo una especie dentro de la totalidad de especies y, por ende, la supuesta máxima no da abasto para encasillar todos los casos en los cuales es malo dar muerte a seres inocentes.

En consecuencia con lo expuesto, Tooley afirma que el *especismo* no puede ser un criterio moralmente relevante para determinar si es factible causar la muerte de ciertas especies. Antes bien, el criterio moralmente relevante debe aludir a características que ciertas especies comparten y que determinan que se vea como incorrecto causar su muerte. Y esta cualidad, como se expuso anteriormente, no puede sino ser la constatación de intereses no- momentáneos en la propia supervivencia.

En la misma línea, Feinberg<sup>27</sup> reconoce al *especismo* (“*the species criterion*”) como el principal argumento esgrimido por quienes sostienen que el feto es una persona desde el momento de la concepción. Sin embargo, (al igual que Tooley con su ejemplo acerca de los marcianos<sup>28</sup>), lo rechaza puesto que este criterio no

---

<sup>26</sup> Con esto no pretendo afirmar que estos animales pueden ser calificados como personas en el sentido de poseer intereses no momentáneos en su propia existencia, ya que la presencia de estos intereses en los mencionados animales está sujeta a comprobación científica. La alusión a estos mamíferos tiene como único fin hacer notar que en nuestra idiosincrasia aparece como correcto matar a ciertos animales y a otros no.

<sup>27</sup> Al respecto, véase FEINBERG, *Op. cit.* en n. 15, pp. 46 y ss.

<sup>28</sup> TOOLEY. *Abortion and infanticide. Op. cit.* en n. 2, p. 67. El ejemplo alude a la existencia de un grupo de Marcianos con un lenguaje, cultura propia y constitución social determinada (incluso más desarrollada que la de los humanos), en los cuales además se puede reconocer la existencia de las mismas propiedades que convierten-a algo-en-persona que poseen las personas de la especie humana

consideraría como persona a seres morales de otros planetas o de otras especies que reúnan las características que permiten atribuirle a un sujeto el estatus de persona en sentido descriptivo. Además, el autor alude a un punto crucial, esto es, que inevitablemente las tesis *especistas* requieren de una base teológica para sustentar su argumento: los seres humanos (es decir, los individuos pertenecientes a la especie *homo sapiens*) y sólo los seres humanos son personas en sentido moral puesto que Dios así lo quiso. Y la intención de incluir entidades divinas en un debate moral no deja de ser problemática, puesto que constituye una barrera de entrada para las razones no basadas en la fé del argumentante en la configuración de la discusión<sup>29</sup>. Así, Feinberg rechaza el *especismo* como criterio de delimitación de la personalidad de los individuos, inclinándose por el *the actual – possession criterion* ya mencionado (en cuya formulación<sup>30</sup> se hace expresa mención de que es irrelevante la especie o categoría a la cual pertenece el ente al cual se le adscribirá personalidad).

Por su parte, Verónica Undurraga reconoce que quienes consideran al feto como persona y por ende titular del derecho a la vida sostienen que “el nasciturus es persona...desde el momento de la concepción, porque el nasciturus es un individuo vivo perteneciente a la especie *homo sapiens*”<sup>31</sup> y que este argumento está intrínsecamente vinculado con los postulados del derecho natural. A pesar de que un argumento de esta índole está sujeto, según la autora, a objeciones de irrelevancia de la objetividad de la certeza moral, reconoce una ventaja en este. Así, Undurraga afirma que “el argumento más fuerte a favor de la asimilación del concepto constitucional de persona a la definición de *homo sapiens* es aquel que califica el criterio biológico como el único que no requeriría una decisión respecto a quiénes son miembros de la

---

¿Acaso, por el mero hecho de no pertenecer a la especie *homo sapiens*, estos marcianos no tienen un derecho a la vida?

<sup>29</sup> En este mismo sentido se pronuncia GUZMÁN, JOSÉ LUIS. 2012. Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social. *Revista de Estudios de la Justicia* (17): 17-51, pp. 36-37, cuando afirma que “el recurso a la personalidad...es acaso legítimo en determinadas concepciones metafísicas o teológicas, pero extenderlas al terreno jurídico, por modo de hacer coincidir ser humano con persona, no pasa de ser un filosofema o una fabulación religiosa, ambos sumamente perjudiciales para el ordenamiento jurídico y las relaciones intersubjetivas regidas por él”.

<sup>30</sup> Para revisar la formulación original y la traducción del criterio en cuestión, véase n. 15.

<sup>31</sup> UNDURRAGA, VERÓNICA. 2013. Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución Chilena. Santiago. Thomson Reuters, p. 108.

sociedad y titulares de derechos humanos”<sup>32</sup>. En este punto es menester detenerse, puesto que la afirmación de la existencia de esta supuesta ventaja es problemática. En primer lugar, el *especismo* como criterio de determinación de personalidad es *per se* arbitrario, puesto que la adscripción de un derecho a la vida estaría condicionado por la mera constatación empírica de la pertenencia a una especie, a pesar de que esta situación, como ya se vio, no es constitutiva de un principio moral básico. De este modo, podría resultar totalmente arbitrario la no-consideración como persona de un sujeto que no pertenece a la especie humana pero que es poseedor de un lenguaje propio<sup>33</sup>, de una noción de supervivencia y en general, de intereses no momentáneos en su propia existencia. Esto no es sino la constatación de que la idea de persona es un constructo social, puesto que la decisión de determinar que la calidad de persona será atribuida sólo a individuos de cierta especie versus la decisión de atribuir esa calidad sólo a individuos que reúnen determinadas características son, en un mismo sentido, arbitrarias. Así, la toma de postura por uno u otro argumento deberá necesariamente tomar en consideración la justificación de las posturas en cuestión. Y de lo anteriormente dicho, es concluyente que el *especismo* no puede calificar como principio moral básico y, por ende, como base para la determinación de la personalidad de los individuos.

Incluso, el reconocimiento de la validez de la conclusión de la tesis en análisis ha sido problemática a lo largo de nuestra historia. En efecto, durante la II guerra mundial se produjo la aniquilación en masa de distintos grupos de personas (homosexuales, gitanos, judíos, etc...) precisamente bajo la consideración de que sus integrantes eran sub-personas, de modo que en esa época de la constatación de la pertenencia de un individuo a la especie *homo sapiens* no se deducía su calidad de persona, tal como lo establece el *especismo*. Esta situación es advertida por Undurraga cuando sostiene que argumentos de derecho natural (es decir, de carácter *especista*) permitieron defender la esclavitud de personas de raza negra<sup>34</sup>. En el mismo orden de ideas, la autora reconoce que aún en situaciones de normalidad de

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>33</sup> TOOLEY. *Abortion and infanticide*. *Op. cit* en n. 2, p. 67.

<sup>34</sup> Al respecto, UNDURRAGA. *Op. Cit.* en n. 31, pp. 112-113.

las circunstancias político-sociales concomitantes habrán casos en los cuales la pertenencia a la especie *homo sapiens* está lejos de permitir la titularidad de derechos plenos que la atribución de personalidad supone. Un claro ejemplo es el caso de los condenados a pena aflictiva, que según la Constitución Política de la República chilena acarrea la pérdida de la ciudadanía y por ende del derecho a sufragio<sup>35</sup>.

Un *especismo* con consecuencias absolutamente radicales se observa en la tesis de Cristóbal Orrego<sup>36</sup>, quien afirma que “la única forma de conseguir esa independencia radical de la dignidad de cada ser humano respecto del arbitrio de sus semejantes, es decir, de aislar la dignidad por naturaleza de cualquier poder de decisión, consiste en radicar esa dignidad - con su consiguiente titularidad de derechos esenciales – en un hecho independiente de la voluntad. Tal es el hecho natural de la pertenencia a la especie biológica”<sup>37</sup>. A partir de la tesis *especista* (susceptible de ser refutada por los argumentos expuestos anteriormente y aún con mayor ahínco puesto que el autor califica como arbitraria la posición contraria a la suya sin notar que su propia postura también puede ser calificada de arbitraria) Orrego llega a la conclusión de que se le debe otorgar al feto la misma protección que a los seres humanos nacidos vivos, de modo que se deben derogar las disposiciones sobre aborto del Código Penal para así hacer aplicable a una acción abortiva el sistema de los delitos de homicidio<sup>38</sup>. Si bien Orrego es totalmente consecuente con la tesis de la adscripción de personalidad al que está por nacer, no es de extrañar que llegue a una solución como esta si la premisa de su argumento tiene como trasfondo consideraciones tales como “Yo no seré cómplice ni por acción ni por omisión de un nuevo Holocausto”<sup>39</sup> y “La raíz del crimen del aborto es la necesidad de gozar del placer sexual desordenado sin

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 127-128.

<sup>36</sup> Véase ORREGO, CRISTÓBAL. 2009. El hombre (in)visible: por qué debemos abolir las leyes del aborto. *Revista Derecho y Humanidades* (15): 61-73.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>38</sup> Para lograr este objetivo, Orrego aboga por una interpretación *contra legem* para incluir al feto en la expresión “el que mate a otro”, lo cual desafía abiertamente los postulados del principio de legalidad en su vertiente de *lex stricta*. Véase *Ibid.*, pp. 72-73.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 65.



asumir las consecuencias desagradables. La nueva vida se transforma en la primera consecuencia desagradable del sexo extramarital, su más seria amenaza”<sup>40</sup>.

Además, es relevante recalcar que la mayoría de los autores ligados a la postura expuesta en este acápite son contestes en adscribirle personalidad al embrión a partir de la fecundación (a excepción de Spaemann, quien increíblemente lo hace desde la procreación<sup>41</sup>). Sin embargo, eso no es más que adscribirle personalidad a un mero tejido del organismo humano (como la piel o el hígado), puesto que la identificación de un organismo humano como un individuo de la especie humana sólo se puede realizar a partir de la anidación del embrión en el útero materno. Es sólo a partir de este momento que puede predicarse del embrión una capacidad autónoma de desarrollo, puesto que la implantación da lugar a un estado de simbiosis entre este y el cuerpo de la mujer que permite, a su vez, una serie de interacciones celulares que dan paso a la diferenciación celular del embrión ya implantado (esto se condice con el paradigma epigenético, por oposición al paradigma genético<sup>42</sup>). Sostener lo contrario, es decir, que se le puede adscribir personalidad al embrión pre-implantacional, implica afirmar que tiene la calidad de persona un tejido humano que la mujer puede desechar por vía natural o que puede anidarse en una zona distinta al útero (embarazo ectópico)<sup>43</sup>. Es falso, entonces, señalar también que se le debe adscribir la calidad de persona al embrión fecundado señalando que potencialmente podría convertirse en una persona nacida, e incluso, es también erróneo atribuirle (bajo el mismo argumento de potencialidad) la calidad de persona al embrión ya implantado, dado que no puede predicarse de los derechos que emanan de una posición actual X la posesión de los

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>41</sup> SPAEMANN, ROBERT. 1988. Responsabilidad por los no nacidos. *En*: Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar. Madrid. Ediciones Internacionales Universitarias. Pp. 353-365., p. 354.

<sup>42</sup> En efecto, tal como lo expone BASCUÑÁN. *Op. cit.* en n. 13, pp. 51-52, mientras el paradigma epigenético sostiene que “el comportamiento del organismo en la etapa embrionaria no está codificado en el ADN, sino en la red de interacciones celulares de carácter ambiental, lo cual incluye desde luego al genoma pero no se limita a él” (p. 52), el paradigma genético afirma que es en el ADN del embrión donde se puede encontrar el principio para su desarrollo, y, en consecuencia, el embrión pre-implantacional posee intrínsecamente las cualidades para convertirse en un ser humano nacido vivo. En este sentido, para los partidarios de este paradigma la anidación del embrión en el útero materno no es más que un elemento indiciario de “la relatividad de la capacidad de subsistencia y desarrollo de cualquier organismo vivo respecto del ambiente” (p. 52), sin que por ello pierda relevancia el factor principal para el desarrollo del embrión, esto es, su código genético.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 50.

mismos derechos en una situación anterior Z que potencialmente podría constituirse en X<sup>44</sup>. La refutación de un argumento de estas características se realizará posteriormente en un apartado especialmente dedicado a ello.

De lo dicho en el párrafo anterior, puede concluirse que sólo cuentan como *nasciturus* aquellos embriones ya anidados en el útero de su madre. Extender el término a un momento anterior como es la fecundación implica un desentendimiento de las condiciones básicas de desarrollo del embrión y una confusión con el significado de la palabra en cuestión, ya que su traducción es “el que está por nacer”. Esto es reconocido por Gonzalo Figueroa, quien a pesar de ser partidario de adscribirle titularidad de derechos al *nasciturus*, sostiene que “La protección penal del que “está por nacer”...se inicia tan sólo desde el momento de la implantación del embrión en las paredes del útero”<sup>45</sup>. La postura de este autor no se funda en consideraciones *especistas* (si lo fuese, lo más probable es que reconociera personalidad a partir de la fecundación), sino en el error de derivar del mandato de protección de los que están por nacer establecido en el art. 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución Chilena un derecho subjetivo en favor del feto<sup>46</sup>.

Por último, una tesis sumamente peculiar se observa en la argumentación de Jesús María Silva Sánchez. Partiendo de la base de que “no existe estado de necesidad alguno que pueda justificar privar a otro de su vida, a la que tiene derecho”<sup>47</sup>, sostiene que el paso necesario para afirmar la permisibilidad del aborto es negarle al *nasciturus* la calidad de persona y de su derecho a la vida, relegándolo así al estatus de “enemigo” (propio del Derecho Penal del enemigo jakobsiano) y de “no-persona”.

---

<sup>44</sup> Fundamental FEINBERG. *Op. cit.* en n. 15, p. 51, quien expone el problema haciendo alusión a las prerrogativas de los presidentes estadounidenses: no puede predicarse de un futuro presidente antes de iniciar su mandato que en ese momento cuenta con las facultades que posteriormente detendrá una vez asumido el cargo.

<sup>45</sup> FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. 2003. Estatuto jurídico del embrión ya implantado. *En*: FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI. Derecho, Bioética y genoma humano. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, p. 42.

<sup>46</sup> La crítica a la adscripción de la calidad de persona (y por ende, de derechos) al *nasciturus* a partir del mandato de protección constitucional a la vida del que está por nacer, ha sido formulada representativamente por BASCUÑÁN. *Op. cit.* en n. 13, p. 49 y recogida por UNDURRAGA. *Op. cit.* en n. 31, pp. 99 y ss.

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. 2007. Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae. [en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (9) < <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf> > [consulta: 28 agosto 2014]. p. 7.

Pero el argumento falla en su premisa, puesto que sí existe un estado de necesidad justificante que permite privar a otro de su vida, y es precisamente el estado de necesidad defensivo. De esta forma, no hay necesidad dogmática alguna de “degradar” al *nasciturus* al estatus de “enemigo-no-persona” para afirmar la procedencia del aborto. Habiendo clarificado este punto, es que ahora es factible analizar la corrección del resto de las aseveraciones del autor. En primer lugar, refuta la teoría de Tooley aduciendo que “la opción por el requisito de ostentación de determinadas propiedades incurre...en el error de asociar los presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad por las acciones y para la asignación de derechos”<sup>48</sup>. El gran error de esta afirmación radica en que la tesis de Tooley jamás pretendió tal asimilación. Si bien Tooley admite que no pretende fijar un momento exacto al partir del cual un individuo puede ser considerado como persona, no puede afirmarse que un niño de 6 años carece de un interés no-momentáneo en su propia supervivencia. Ni siquiera el mismo Tooley lo hace. Y, a pesar de ser, en ese sentido, persona, no puede considerarse a ese niño de 6 años como sujeto de responsabilidad, ya sea civil o penal. Por la inversa, si Tooley efectivamente hubiese asociado los presupuestos de atribución de personalidad y de responsabilidad, tendría que afirmar que sólo a partir de los 14 años (mínimo de edad para la atribución de responsabilidad penal en Chile) un individuo puede ser considerado persona. Así, Silva Sánchez desconoce que Tooley jamás quiso negar que los presupuestos de responsabilidad y los de personalidad no son coetáneos, de modo que el problema pareciera simplemente ser que la forma de atribución de personalidad de Tooley no es del gusto de Silva Sánchez.

En segundo lugar, y ya para finalizar este acápite, otro error en el razonamiento de Silva Sánchez radica en la afirmación de que, por razones “pragmáticas”<sup>49</sup>, los niños recién nacidos que no pueden ser considerados personas (según las teorías criticadas por este autor) son elevados al estatus de tales. La equivocación radica en la identificación de tales razones pragmáticas, las cuales no pueden sino ser la construcción de estándares de conducta en la forma de leyes debidamente creadas.

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 11.

De esta forma, Silva Sánchez no reconoce que la elucubración teórica se basa en criterios puramente morales que no tienen competencia regulativa alguna como directriz de conducta impuesta heterónomamente. La justificación de la consideración de individuos que moralmente no son personas como sujetos titulares de un derecho a la vida radica en consideraciones jurídicas, y sólo indirectamente, en argumentos morales<sup>50</sup>. Y es en base a este razonamiento que Mañalich, siguiendo a Hoerster, explicita la distinción entre “norma ideal”, esto es, una norma de prohibición cuya justificación radica en razonamientos de índole moral (así, “el criterio de la existencia actual de un interés no-trivial en la propia supervivencia fundamentaría la prohibición de matar a otra persona en cuanto *norma ideal*, esto es, en tanto norma cuyo contenido semántico reproduce transparentemente su propio fundamento de validez”<sup>51</sup>) y, por otro lado, “norma práxica”, que son aquellas normas ordenadoras de la conducta de los individuos que son comúnmente seguidas en la praxis cotidiana, y que se manifiestan en mandatos o prohibiciones legales.

La distinción anterior se vuelve sumamente relevante cuando se da cuenta del problema que subyace a la distinción entre *norma ideal* y *norma práxica*, cual es, que la consideración (errónea) de la primera como norma regulativamente capaz de ordenar y dirigir nuestras relaciones cotidianas acrecienta el riesgo de error en la causación deliberada de la muerte de un recién nacido, bajo la creencia de que aún no ha alcanzado el umbral de desarrollo necesario que permita inequívocamente afirmar que el individuo afectado detenta intereses no-triviales en su propia supervivencia que permitan, a su vez, adscribirle la calidad de persona<sup>52</sup>. Vale decir, la consideración de la *norma ideal* como máxima de actuación aumenta las posibilidades de que se cause la muerte de niños que efectivamente son personas

---

<sup>50</sup> De la consideración del discurso moral como uno insuficiente regulativamente no debe colegirse su irrelevancia para el examen y crítica del Derecho positivo. Así, puede afirmarse que la moral es impotente regulativamente, pero no normativamente. Esto es implícitamente reconocido por MAÑALICH *Op. cit.* en n. 8, p. 324 cuando afirma que “el punto relevante no pasa por la pregunta acerca de la autonomía o subordinación del discurso jurídico frente al discurso moral, sino por la constatación de la impotencia regulativa del discurso moral”. La subordinación del discurso jurídico frente al moral da cuenta de la función crítica que tiene el último sobre el primero (por más que el autor señale como punto relevante la impotencia regulativa del discurso moral).

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>52</sup> *Ibid.*

(según la formulación de Tooley) bajo el pretexto de que su muerte está permitida puesto que, para quien realiza la acción lesiva, el afectado en cuestión no sería persona (también bajo consideraciones propias de Tooley). Esta situación sólo puede ser corregida mediante el establecimiento de una *norma práxica* que permita dirimir con certeza el momento en el cual una acción de producción de la muerte de un recién nacido es susceptible de ser catalogada como homicidio-infanticidio. Y este momento no puede sino ser identificado con el hecho del nacimiento, en atención a que “desde el punto de las representaciones normativas del sentido común, semejante formulación de la prohibición no desafía de modo especialmente significativo las intuiciones del “ciudadano promedio”, como sí lo haría, en cambio, la institucionalización jurídica de la correspondiente norma ideal”<sup>53</sup>.

### 1.3. El argumento de la potencialidad

Uno de los clásicos argumentos esgrimidos en la discusión acerca de la problemática de la delimitación del estatuto moral del *nasciturus* por quienes buscan catalogar al feto como persona es el así llamado “argumento de la potencialidad”<sup>54</sup>. Según él, “la falta de “personidad actual” del embrión o feto *homo sapiens*...no obstaría a que se le reconozca un derecho a la vida en sentido estricto, en atención a su estatus de *persona potencial*”<sup>55</sup>. Es decir, el argumento pretende concederle el estatus de un ser humano que puede ser catalogado como persona a un ente que en un futuro probable (es decir, siempre que no existan circunstancias causalmente impeditivas de un buen término del embarazo) se convertirá en persona.

La formulación de este argumento ha sido ampliamente rechazada por la doctrina<sup>56</sup>, puesto que es falaz deducir de las prerrogativas que concede un estatus en una situación X que esas facultades pueden ser ejercidas por el mismo individuo en

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 325-326.

<sup>54</sup> El argumento de la potencialidad ha sido adoptado por OSSANDÓN, MARÍA MAGDALENA. 2012. Aborto y justificación. Revista Chilena de Derecho vol. 39 (2), p. 355, quien, al utilizar análogamente el ejemplo de la relación entre una semilla y un árbol, afirma que “una semilla no es lo mismo que un árbol. Pero hay que añadir: no es lo mismo en sus aspectos accidentales, fenotípicos” (y por ende sí lo sería en sus aspectos esenciales), para posteriormente sostener que “el embrión que tiene la potencialidad para adquirir las perfecciones humanas...es esencialmente idéntico al que ya las ha adquirido”.

<sup>55</sup> MAÑALICH. *Op. cit.* en n. 8, p. 322.

<sup>56</sup> Por todos, FEINBERG. *Op. cit.* en n. 15 y MAÑALICH. *Op. cit.* en n. 8.

una situación anterior X-1. Vale decir, de la eventual posterior adscripción de ciertas facultades en virtud de una calidad determinada, no se deduce que los individuos que en el curso normal de los acontecimientos detentarán esa calidad sean actualmente poseedores de tales facultades y puedan por ello ejercerlas como si las tuviesen. Por ejemplo, de la constatación de que Michelle Bachelet, a sus 10 años de edad, era potencialmente una futura Presidenta de la República, no se colige que a esa edad podía hacer uso de las facultades y prerrogativas que el ordenamiento jurídico le confiere al primer mandatario<sup>57</sup>. Trasladado al ámbito del aborto, en palabras de Thomson “un óvulo recién fecundado, un grupo de células recién implantado, no es más persona de lo que una bellota es un roble”<sup>58</sup>. Además, el argumento de la potencialidad no otorga algún criterio delimitador que permita dirimir en qué momento “se corta” la adscripción de personalidad, dado que, en un argumento *ad infinitum*, podría catalogarse al espermatozoide y al óvulo existentes en el tracto vaginal femenino como personas en un sentido moral, bajo la creencia de que en algunos segundos más habrá fecundación y que el óvulo fecundado se convertirá, de no mediar circunstancia en contrario, en un ser humano nacido vivo – persona <sup>59</sup>. Incluso, siendo aún más consecuentes con este argumento, menester sería afirmar que todo óvulo no fecundado (incluyendo también a aquellos que en encuentran *in vitro*, próximos a una fecundación artificial), así como también cualquier espermatozoide (aunque no se encuentre en el tracto vaginal femenino próximo a una eventual fecundación) sería titular de un derecho a la vida, puesto que “desde el punto de vista de la sola *potencialidad*, no cabe reconocer diferencia alguna entre la destrucción de un individuo ya existente, capaz de llegar a convertirse, *ceteris paribus*, en una persona, y el impedimento de que llegue a existir ese mismo individuo”<sup>60</sup>. Así, no cabría diferenciar entre una acción anticonceptiva (esto es, impeditiva de la concepción) y una abortiva, en cuanto el objeto de ataque de la acción lesiva sería en ambos casos el mismo: una

---

<sup>57</sup> Utilizando ejemplos enteramente análogos, FEINBERG. *Op. cit.* en n. 15, p. 51 y MAÑALICH, *Op. cit.* en n. 8, pp. 322-323.

<sup>58</sup> THOMSON, JUDITH JARVIS. 1974. Una defensa del aborto. *En*: Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral. 2º edición. Madrid. Ediciones Cátedra, p. 10.

<sup>59</sup> FEINBERG. *Op. cit.* en n. 15, p. 48.

<sup>60</sup> MAÑALICH. *Op. cit.* en n. 8, p. 323.

persona. La inutilidad de este argumento aparece, a estas alturas, como absolutamente incontrarrestable<sup>61</sup>.

Además, volviendo a la formulación propia de Tooley, es inviable caracterizar a un embrión como persona pues éste sólo estará en condiciones de ser sujeto de deseos temporalmente diferidos una vez que ha alcanzado cierto desarrollo de vida extrauterina. Así, Mañalich sostiene que “resulta inviable retrodatar el reconocimiento de un interés no-trivial en la propia supervivencia a un ente que sólo tiempo después estará, eventualmente, en condiciones de ser sujeto de algún deseo (referido-al-futuro) que le sirva de base”<sup>62</sup>.

En consecuencia, y ya para finalizar este acápite, debe descartarse de plano la adscripción de un derecho a la vida al embrión en base a su potencialidad de convertirse en un ser humano nacido vivo, por las razones mencionadas anteriormente. Así, en un argumento *a fortiori*, si no puede afirmarse que un embrión ya implantado en el útero materno (e incluso un feto de 30 semanas) puede ser calificado como persona, menos aún podrá afirmarse, como pretenden algunos, que el embrión no implantado puede ser persona. Y es que incluso un partidario del argumento de la potencialidad tendría que rechazar esta idea, puesto que malamente puede hablarse de una persona potencial a partir de un óvulo fecundado que perfectamente puede no anidarse en el útero (embarazo ectópico) o que puede ser naturalmente desechado por la mujer. Y si esto es así, claramente tampoco podría predicarse el estatus de persona potencial respecto de un óvulo no fecundado o de un espermatozoide, tal como se expuso anteriormente.

#### **1.4. El argumento de Judith Jarvis Thomson**

Cabe destacar que si bien una postura favorable a la adscripción de personalidad al *nasciturus* desde el momento de la concepción pareciera socavar la permisibilidad de un aborto consentido, puede sostenerse que la afirmación de su personalidad no obsta al reconocimiento de la posibilidad de efectuar un aborto. Esta idea es establecida por Judith Jarvis Thomson (a partir del célebre “Caso del

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 323-324.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 322.

violinista”<sup>63</sup>, que se analizará en el siguiente capítulo) en su artículo titulado “Una defensa del aborto”, en el cual asume la principal premisa de quienes se muestran contrarios al aborto (a saber, que el feto es persona) para argumentar que ésta no obsta a la plausibilidad de un aborto consentido. Así, Thomson desmitifica el paso lógico que supuestamente debe existir entre sostener que el feto es persona y que por ende debe prohibirse el aborto. En sus propias palabras, sostiene que “los contrarios al aborto suelen pasar la mayor parte del tiempo declarando que el feto es una persona, pero apenas explican el paso que desde ahí existe a la no permisibilidad del aborto”<sup>64</sup>. En resumidas cuentas, el argumento principal para sostener una postura favorable al aborto es que el cuerpo pertenece a la madre; la madre es la dueña de casa, y ella, al igual que el *nasciturus* (siguiendo el argumento), es una persona. Esta situación implica que la madre tiene un derecho preferente para decidir sobre su propio cuerpo, de modo que nadie puede usar parte de él sin el consentimiento de su titular. Así, el hecho de afirmar la personalidad del *nasciturus* no conlleva como consecuencia necesaria la existencia de un derecho a disponer del cuerpo de la madre, por más que sea la única forma de asegurar su subsistencia. Si la embarazada consiente en someter su cuerpo a las vicisitudes propias del estado de gravidez, estaría realizando un acto de bondad, y no de cumplimiento de un deber<sup>65</sup>. En consecuencia, “a nadie se le puede requerir que sacrifique su salud, sus intereses e inquietudes, y todos sus deberes y compromisos durante... nueve meses, para mantener viva a otra persona”<sup>66</sup>.

De esta forma, siguiendo a Thomson, una acción abortiva consentida por la madre puede ser catalogada de permisible con entera independencia del estatus

---

<sup>63</sup> THOMSON. *Op. cit.* en n. 58, p. 11.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 20. Esto no obsta a que para Thomson pudiesen existir *algunos* casos en los cuales el feto tiene derecho a usar el cuerpo de su madre, de modo que el mantenimiento del estado de gravidez importaría no ya un acto de bondad, sino que una obligación para la mujer (p. 24). En consecuencia, en estos casos el aborto importaría una privación injusta de la vida del feto. Sin embargo, la autora deja abierta la discusión respecto de cuáles serían estos casos, si es que los hay. Sin embargo, posteriormente Thomson parece desterrar completamente (o, al menos, restringir sustancialmente) la idea de que el feto pudiese tener un derecho a utilizar el cuerpo de su progenitora, al plantear que a partir de la idea de que en ciertos casos la mujer *debería* permitir que el feto se quedase en su vientre (por ejemplo, si el embarazo producto de una violación durase no ya nueve meses, sino que una hora, y no constituyese una amenaza a la vida o integridad física de la mujer) no se deduce que el feto tenga un *derecho* a la utilización de ese cuerpo (pp. 24-27). Acerca de la falacia consistente en deducir un derecho de un deber véase las referencias efectuadas en la n. 46.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 27.



ontológico – moral del feto. En este sentido, es que Thomson afirma categóricamente que “el derecho a la vida supone, no el derecho a no ser privado de la vida, sino el derecho a no ser privado de la vida injustamente”<sup>67</sup>. La adscripción de un derecho a la vida al *nasciturus* no es en modo alguno obstáculo para que la madre le dé muerte en salvaguarda de sus intereses personalísimos, siempre que la causación del aborto y, en consecuencia, la muerte del *nasciturus*, no pueda ser calificada de injusta. Y si la muerte del feto considerado como persona es permisible siempre que no sea injusta, en un argumento *a fortiori*, más permisible aún sería la muerte del mismo, si es catalogado como no-persona.

Sin embargo, queda todavía un punto por clarificar. Si el derecho a la vida supone el derecho a no ser privado injustamente de ella, ¿en qué casos el aborto cuenta como una privación injusta de la vida? ¿Puede sostenerse que existiría una privación injusta de la vida del feto cuando la madre ha consentido plenamente en la realización del acto sexual a sabiendas del riesgo de quedar embarazada? Para responder a esta interrogante, Thomson utiliza el siguiente ejemplo: si una persona abre la ventana de su casa para ventilarla, y entra un ladrón en ella, difícilmente puede deducirse que por la mera apertura de la ventana la persona consintió en el ingreso del ladrón, por más que tuviese conocimiento de la frecuencia de robos en las inmediaciones del lugar<sup>68</sup>. Trasladando el argumento al debate abortivo: el que la mujer consienta en la realización del acto sexual en pleno conocimiento del riesgo de embarazo no obsta a que posteriormente la causación deliberada de la muerte del feto implique una justa privación del derecho a la vida del que éste es titular (continuando con la premisa del argumento de que el feto es persona desde la concepción).

Pues bien, será la premisa de la tesis sustentada por Thomson, descrita anteriormente (a saber: que la consideración del feto como persona no obsta a la plausibilidad del aborto consentido), la que será utilizada como base para el análisis a lo largo de este trabajo, en el cual se intentará dilucidar bajo qué categoría jurídico penal puede una acción abortiva ser considerada como permitida.

---

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 23.

## 2. Consideraciones acerca del estatuto jurídico del feto en el Derecho chileno

Una vez expuestas las posturas propias del debate moral en torno a la delimitación del estatuto del feto, cabe realizar algunas precisiones en el ámbito jurídico.

En nuestro país, la doctrina ha estado dividida entre quienes sostienen, a partir de la regulación legal y constitucional vigente, que el embrión y posterior feto son titulares del derecho a la vida de la misma forma que un ser humano nacido, y quienes ven en la mencionada normativa al *nasciturus* como un objeto de protección constitucionalmente reconocido. La primera de las tesis es afirmada (entre otros) por Hernán Corral<sup>69</sup>, mientras que la segunda es sostenida representativamente por Antonio Bascuñán.

El precepto constitucional fuente de la controversia es el art. 19 N° 1, el cual dispone:

*Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

*1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.*

*La ley protege la vida del que está por nacer.*

*La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.*

*Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.*

Los partidarios de la primera postura aducen, en líneas generales, que el art. 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución permite inferir que el constituyente dotó al *nasciturus* de un derecho a la vida igual al de las personas nacidas, y que al hacer mención al que está por nacer en un inciso separado se quiso dar especial énfasis al derecho a la vida que ostenta el feto. Esto se complementa con la idea de que el encabezado del

---

<sup>69</sup> Al efecto, véase CORRAL. *Op .cit.* en n. 21.

referido art. 19 (“La Constitución asegura a todas las personas”) implica necesariamente que las garantías que establece ese artículo son aplicables directamente a las personas. Además, sostienen que el art. 55 del Código Civil es claro al disponer que “son personas todos los individuos de la especie humana”, con lo cual queda de manifiesto el carácter *especista* de estas teorías, ya criticado anteriormente<sup>70</sup>.

En cambio, los partidarios de la segunda postura sostienen que es errado deducir de un mandato de protección (como es el contenido en el mencionado art. 19 N° 1 inciso 2°) un derecho subjetivo. Por el contrario: a partir de un derecho subjetivo es que se puede deducir un correlativo deber, pero no se puede deducir un derecho a partir de un deber<sup>71</sup>.

En este sentido, para Antonio Bascuñán<sup>72</sup> las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución han demostrado que el grueso de la Comisión, al redactar el art. 19 N° 1 inciso 2°, optó por darle cierta flexibilidad al legislador para que regule los diversos supuestos en los cuales sería posible causar un aborto sin que la acción abortiva fuese constitutiva de delito. Con esto, los miembros de la Comisión rechazaron la propuesta del también miembro Jaime Guzmán en torno a reconocer el carácter de persona del feto para así afirmar una prohibición absoluta de atentar contra su vida, equiparable al homicidio. Así, para compensar la carencia de un reconocimiento constitucional al derecho a la vida del *nasciturus*, el constituyente consagró un mandato de protección del que está por nacer dirigido al legislador. Por su parte, Verónica Undurraga sostiene que a partir de las actas de la Comisión no es posible concluir que la voluntad inequívoca del voto de mayoría haya sido excluir al *nasciturus* de la titularidad de un derecho a la vida, aunque sí era claro que no se le quería otorgar la misma protección que a los seres humanos nacidos. Incluso, afirma que los comisionados “no tuvieron consciencia de estar discutiendo sobre el estatus constitucional de la vida del *nasciturus*”<sup>73</sup>. Con esto, concluye finalmente que la norma

---

<sup>70</sup> Para una completa enumeración de los argumentos esgrimidos para dotar al *nasciturus* de la calidad de persona, véase OSSANDÓN. *Op. cit.* en n. 54, pp. 350 y ss.

<sup>71</sup> Por todos, BASCUÑÁN. *Op. cit.* en n. 13, p. 49.

<sup>72</sup> *Ibid.*, pp. 53 y ss.

<sup>73</sup> UNDURRAGA. *Op. cit.* en n. 31, p. 91.

del art. 19 N° 1 inciso 2° debe ser interpretada como una consagración de la vida del *nasciturus* como bien jurídico objetivo de carácter constitucional<sup>74</sup> (por oposición a la tesis del derecho subjetivo que le adscribe al feto la calidad de persona), lo cual permitiría deferir adecuadamente al legislador la toma de decisiones acerca de la protección de la vida del no nacido y establecer la obligación por parte del Estado de elaborar políticas públicas enfocadas en la disminución de la percepción del embarazo como una carga desproporcionada para la mujer embarazada, entre otras ventajas.

Lo cierto es que una interpretación sistemática de la normativa constitucional y civil vigente es claramente favorable a la opción de no-adscribirle un derecho a la vida al *nasciturus*. En efecto, a partir de una interpretación sistemática de los arts. 55, 74, 75 y 77 del Código Civil se deduce que tal cuerpo legal le otorga la calidad de persona (y por ende, la capacidad de ser titular de derechos, especialmente a la vida) al individuo de la especie humana ya nacido. Sólo así se entiende la norma del art. 77, la cual pasa a ser una aplicación práctica de la conclusión anterior, suspendiendo el goce de derechos que se defirieren al *nasciturus* durante al embarazo hasta que el feto nazca. Y es por el pleno reconocimiento de personalidad al nacido que el mismo cuerpo legal, en su art. 75, dispone de un mandato de protección que posteriormente fue elevado a un rango constitucional. Por otro lado, y ya para finalizar este apartado, de ser considerado el feto como persona, no se entendería la protección especial que el legislador ha querido otorgarle mediante la tipificación del aborto como delito, puesto que le habría hecho extensible al feto la regulación jurídico penal del homicidio<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 114, pp. 159 y ss.

<sup>75</sup> Asimismo, cabe destacar que si la legislación civil no reconoce al *nasciturus*, (esto es, al embrión ya implantado) como titular de derechos subjetivos, en un argumento *a fortiori* cabe deducir que nuestro ordenamiento jurídico tampoco le reconoce el carácter de persona al embrión pre-implantacional.

### 3. Importancia de la determinación del estatuto del feto para la procedencia del estado de necesidad defensivo

En las secciones anteriores de este trabajo se hizo una revisión acerca de las posturas morales en torno al estatus ontológico del feto. Habiéndose analizado las posturas a favor de adscribirle personalidad al *nasciturus* y aquellas que la niegan, se ha optado por esta última. Además, se ha hecho un somero análisis acerca del estatuto jurídico del embrión (ya esté implantado o no), llegando a la conclusión que la normativa chilena vigente aboga por el reconocimiento del feto como objeto de protección y no como persona titular de derechos (entre ellos, el derecho a la vida).

Ahora bien, cabe dilucidar la relevancia del análisis precedente para efectos de la eventual aplicabilidad de la causa de justificación del estado de necesidad defensivo, cuyos presupuestos y alcances serán analizados posteriormente.

En primer lugar, en un plano puramente moral, la no-calificación del feto como persona conlleva a que la decisión de dejar con vida al *nasciturus* o de acabar con ella corresponde a una opción que debe ser tomada por la mujer en atención a su derecho a la autonomía reproductiva. Siempre que exista voluntad conforme por parte de la mujer embarazada, ésta podrá ocasionar o consentir en que un tercero le cause un aborto “pues las consecuencias actuales y futuras del desarrollo de un embarazo son de tal envergadura que parece imposible negar que la mujer embarazada *siempre* contará con una buena razón no sólo para interrumpir el respectivo embarazo, sino también para destruir la vida del feto”<sup>76</sup>. En cambio, de no existir consentimiento de parte de la embarazada, la causación de un aborto por parte de un tercero sería moralmente incorrecta en cuanto afecta la autonomía reproductiva de la agredida, así como su integridad física y psíquica. Por otro lado, la calificación moral del feto como persona conlleva, *prima facie* (recuérdese la tesis de Thomson), a la prohibición de la causación, consentida o no consentida, de una acción abortiva.

---

<sup>76</sup> MAÑALICH. *Op. cit* en n. 8, p. 329.

Por otro lado, ya trasladando el debate al ámbito jurídico, menester es recordar que de la constatación de la incompetencia regulativa del discurso moral no se deduce su intranscendencia para la creación y el examen del Derecho vigente (véase en este sentido la nota 50). Así, la consideración del feto como persona moral acarreará como consecuencia casi inevitable el reconocimiento de su titularidad de derechos en un nivel supra-legal, es decir, constitucional, con lo cual cualquier precepto legal que permita la realización de acciones abortivas podría fácilmente ser tachado de inconstitucional<sup>77</sup>. En cambio, su consideración como no-persona daría lugar a diversas fórmulas legislativas en torno a salvaguardar, en algún sentido, la vida del *nasciturus*, o simplemente a no hacerlo de modo alguno, todo lo cual se analizará en los párrafos que siguen.

En primer lugar, el reconocimiento a nivel constitucional de la personalidad del *nasciturus* conllevaría a una necesaria punición de la causación de su muerte *qua feto*, incluso contra la voluntad de la embarazada. De este modo, existiría una mayor preponderancia de la vida del feto como bien jurídico protegido expresada en la norma sancionatoria del aborto, la cual puede ser revertida en favor de los intereses de la madre por una causa de justificación. Es por esto que, ante la existencia de la prohibición de la causación consentida de un aborto por parte de la mujer o un tercero, cobra relevancia el estado de necesidad defensivo como causa de justificación excluyente del injusto.

En esta línea, resulta necesario traer a colación lo sostenido por Laura Mayer. En efecto, la autora busca dilucidar aquellos casos en los cuales los derechos subjetivos constitucionales de la mujer embarazada colisionarían con la vida del *nasciturus*, cuya protección se encuentra mandatada al legislador<sup>78</sup>. De esta manera, la preeminencia de los derechos de la embarazada susceptibles de verse afectados por el embarazo (como la integridad física y la autonomía reproductiva de la mujer en caso de violación) dan lugar a la cancelación de la antinormatividad de la causación

---

<sup>77</sup> Este pensamiento es precisamente el que subyace a la proposición de Jaime Guzmán (miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución) en torno a consagrar el derecho a la vida del que está por nacer en el art. 19 N°1 CPR. Al respecto, véase UNDURRAGA. *Op. cit.* en n. 31, p. 84 y BASCUÑÁN. *Op. cit.* en n. 13, pp. 54-55.

<sup>78</sup> MAYER. *Op. cit.* en n. 13, pp. 71 y ss.

de un aborto consentido; cancelación que en la teoría del hecho punible sólo puede verificarse mediante la aplicación de una causa de justificación al caso en cuestión. Y si bien Mayer no alude expresamente a las causas de justificación como razones de cancelación de la antinormatividad y, por ende, menos aún a aquella que en situaciones abortivas es aplicable, esta no puede sino ser el estado de necesidad defensivo con las características defendidas en este trabajo, las cuales se tratarán en el próximo capítulo.

Hasta aquí, el argumento no presenta problemas. Sin embargo, la autora afirma que para la construcción de su argumento (esto es, para permitir la cancelación de la antinormatividad de acciones abortivas) es condición necesaria el desigual tratamiento jurídico constitucional del feto respecto de los seres humanos nacidos vivos. Es decir, los derechos subjetivos constitucionales de la embarazada sólo podrán derrotar a la vida del *nasciturus* en cuanto esta última sea reconocida como bien jurídico protegido, sin dotar al feto de un derecho constitucional a la vida. Es en este sentido que afirma que si se adscribe un derecho a la vida al *nasciturus*, de la misma forma que a los seres humanos nacidos vivos, “la antinormatividad del aborto no podría resultar cancelada en virtud de la supremacía de otros derechos constitucionales de la mujer, precisamente porque no estaríamos ante un interés jurídicamente superior a otro”<sup>79</sup>. Y es aquí donde el argumento se vuelve problemático, puesto que la consideración del feto como titular de un derecho a la vida no impide de manera alguna la permisibilidad de la causación de su muerte vía estado de necesidad defensivo (en palabras de Mayer, cancelación de la antinormatividad). Afirmar lo contrario conllevaría a un desconocimiento de toda la doctrina que se analizará en el siguiente capítulo. Así, tal como se mencionara anteriormente, la consagración de la personalidad del *nasciturus* a nivel constitucional con la consiguiente prohibición de causación del aborto consentido establecida a nivel legal no son en modo alguno un obstáculo para la invocación de un estado de necesidad defensivo para excluir la antijuridicidad de una acción generadora de la muerte del feto, por más que este sea considerado persona.

---

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 72

En segundo lugar, un ordenamiento jurídico puede reconocer al feto no ya como persona acreedora de un derecho subjetivo a la vida, sino que como mero objeto de protección constitucional, a modo de compensación por la no – consideración del embrión implantado como persona<sup>80</sup>. Es decir, si bien el feto no es considerado como persona por la Constitución, esta eleva su estatus, estableciendo un mandato de protección de su vida, con el fin de que el legislador tome las medidas pertinentes para la debida salvaguarda de la vida intrauterina. En este caso, al erigirse la vida del feto como objeto de protección, existirá una prohibición a nivel legal de causación del aborto consentido, lo cual genera la necesidad de tener por excluido el injusto penal cuando por razones de necesidad la mujer no puede soportar el embarazo. Y tal como ya se esbozó, la exclusión del injusto se realiza mediante el reconocimiento de la aplicabilidad del estado de necesidad defensivo.

Asimismo, puede también darse el caso en el cual un ordenamiento jurídico en cuestión no le otorgue al feto el carácter de persona y tampoco lo proteja mediante un imperativo de protección constitucional (como el contenido en el art. 19 N° 1 inciso 2° CPR) pero aún así le otorgue protección jurídico penal a nivel legal, por consideraciones meramente utilitaristas (por ejemplo, en aras de un interés demográfico<sup>81</sup>). Es decir, las disposiciones constitucionales de una nación reconocen la primacía del principio de autonomía reproductiva de la mujer, pero el legislador, por razones enteramente contingentes (dada la ausencia de un mandato de protección constitucional) decide proteger la vida del *nasciturus* mediante la tipificación del delito de aborto. Ahora bien, esta posibilidad debe ser ya descartada desde una política criminal eficiente, puesto que está fehacientemente comprobado que una punición

---

<sup>80</sup> Como ya se expuso anteriormente, este es el caso del ordenamiento jurídico chileno según la tesis sostenida por BASCUÑÁN. *Op. cit.* en n. 13, p. 62, lo que se hace patente cuando establece que “la explicación de la consagración de un mandato constitucional de protección legal del *nasciturus* se encuentra precisamente en la necesidad de compensar la ausencia del reconocimiento de un derecho subjetivo público a la vida del cual él sea titular”.

<sup>81</sup> Si bien una prohibición legal (contingente) de causación del aborto consentido puede tener como trasfondo un interés de carácter demográfico, es necesario señalar que la mera consideración de este interés como fundamento de la referida prohibición en ningún caso acarrearía la prohibición absoluta de ocasionar un aborto. Pues, también en virtud de consideraciones demográficas, perfectamente podría permitirse el aborto de fetos respecto de los cuales existe evidencia científicamente obtenida de que serán infértiles en su vida extrauterina y que, por ende, difícilmente podrán contribuir a aumentar el número de individuos de la especie humana. Fuera de estos casos, la prohibición podrá ser desplazada si concurren los presupuestos de un estado de necesidad defensivo.



irrestricada del aborto no baja las tasas de mortalidad de los *nasciturus*, sino que traslada la realización de prácticas abortivas al ámbito clandestino. Esta situación es avizorada por Guzmán Dálbora al reconocer que la sanción penal del aborto es impotente para proteger la vida del no nacido y así evitar la ocurrencia de abortos clandestinos, pero sí ha acarreado como “externalidad” el aislamiento social y abusos cometidos en contra de la embarazada y su entorno familiar<sup>82</sup>. Asimismo, Undurraga señala que en Chile “al ser el aborto ilegal, las acciones abortivas se realizan fuera del sistema hospitalario público y mayoritariamente fuera del sistema hospitalario privado”<sup>83</sup>, lo cual incide directamente en la información disponible sobre abortos en Chile, los cuales, en todo caso, rondarían los 160.000 al año<sup>84</sup>.

Por otro lado (todavía dentro de la hipótesis anterior), existirían claros problemas de constitucionalidad, puesto que la punición no fundada en un imperativo constitucional de protección choca jerárquicamente con principios constitucionales tales como la honra, la privacidad y la libertad de la mujer (dado que no habría imperativo constitucional que le hiciera el contrapeso a estos principios). Por último, la existencia de una prohibición del aborto basada, por ejemplo, en intereses demográficos, constituye una fuente de exclusión del principio de autonomía reproductiva de la mujer y por ende podrá ser contingentemente desplazada por un estado de necesidad defensivo.

En tercer lugar, un ordenamiento jurídico propiamente liberal<sup>85</sup>, que no consagra medida alguna de protección al *nasciturus* (ya sea durante cierto plazo o durante todo

---

<sup>82</sup> Así, GUZMÁN. *Op. cit* en n. 29, p. 22.

<sup>83</sup> UNDURRAGA. *Op. cit.* en n. 31, p. 33.

<sup>84</sup> Esta cifra ha sido obtenida a partir del estudio realizado por The Alan Guttmacher Institute, utilizado por Undurraga en su análisis y que la autora califica como “el más citado” (*Ibid.*, p. 32). Para una exposición detallada de diversos estudios acerca de los índices de aborto en Chile, véase *Ibid.*, pp. 31 y ss. Sea cual sea el estudio que se considere más cercano a la realidad, las cifras son en cualquier sentido escandalosas.

<sup>85</sup> Este carácter liberal puede ser observado en los sistemas jurídicos de países como Suecia, Noruega y Dinamarca, los cuales, aparte de permitir la interrupción del embarazo en las hipótesis comunes comprendidas en las distintas indicaciones (véase *infra*. Capítulo IV, apartado 3), permiten la realización del aborto previa petición de la mujer embarazada sin expresión de causa alguna, o simplemente aduciendo una situación de crisis, aflicción o necesidad, durante un período gestacional legislativamente fijado (que en Suecia corresponde a las primeras 18 semanas, y en Noruega y Dinamarca a las primeras doce). Para una breve exposición acerca del estado del Derecho comparado en lo referente a la regulación jurídico penal del aborto, véase *Ibid.*, pp. 55-57. Para una breve minuta acerca de los regímenes legales del aborto en los distintos países integrantes de la ONU (incluidos los mencionados),

el período de gestación), debiese establecer a su vez la primacía irrestricta del principio de autonomía reproductiva de la mujer, de modo que ésta, arguyendo alguna razón suficiente, podrá poner fin a su estado de gravidez, ya sea por sus propios medios o consintiendo en que algún tercero le cause un aborto. Este argumento se encuentra basado en la siguiente consideración: si los intereses personalísimos de la mujer embarazada pueden, en un juicio de ponderación, derrotar a la vida del *nasciturus* establecida como objeto de protección constitucional o legal (lo cual se realiza cancelando la antinormatividad de la acción abortiva) en un argumento *a fortiori* esos intereses evidentemente prevalecerán sobre la vida del feto cuando ésta no ha sido sometida a protección por parte del ordenamiento jurídico en cuestión, sin que sea necesario invocar alguna causal de exclusión de la antinormatividad. En esto subyace el entendimiento de las causas de justificación como normas que dan cuenta de un interés jurídico-penalmente relevante que colisiona con una norma de prohibición<sup>86</sup>. Por lo tanto, si en un ordenamiento jurídico determinado no existiera una norma prohibitiva de causación consentida de acciones lesivas a la vida del feto, difícilmente podría hablarse de un interés o de un bien jurídico protegido por la referida (e inexistente) norma que deberá enfrentarse, en un juicio de justificación, al interés subyacente a la causa de justificación.

Así, existen 2 opciones interpretativas acerca de la ejecución de una acción abortiva por parte de la mujer, dependiendo del estatuto que se le asigne al embrión o feto: si éste no es considerado persona, la producción de su muerte se justifica en virtud de la autonomía reproductiva de la mujer embarazada; si el feto es considerado persona, la causación de su muerte está justificada a través de la causa de justificación

---

véase ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2002. Abortion Policies: A Global Overview. [en línea] <<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>> [consulta: 27 de enero 2016]. Asimismo, un panorama general de la permisibilidad del aborto en los distintos países del mundo, clasificados según su posición geográfica, puede encontrarse en ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2007. World abortion policies 2007. [en línea] <<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/abortion/worldAbortionPoliciesWorldChart2007.pdf>> [consulta: 27 de enero 2016].

<sup>86</sup> Véase KINDHÄUSER, URS. 2008. Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el derecho penal. En: Teorías de las normas y sistemática del delito. Lima. ARA editores, p. 33. El autor intenta clarificar la naturaleza del consentimiento del ofendido como categoría dentro de la teoría general del hecho punible, llegando a la conclusión de que no puede ser calificado como una causa de justificación puesto que el consentimiento no encarna conflicto de intereses alguno (como sí lo harían las normas de comportamiento y las causas de justificación).

del estado de necesidad defensivo. Por su parte, si en un ordenamiento jurídico particular existe un mandato de protección de la vida del feto en compensación por la ausencia de reconocimiento de su personalidad (e incluso, si no existiera tal mandato pero sí hubiese una prohibición legal de causación del aborto enteramente contingente), también cabría aducir un estado de necesidad defensivo para causarle su muerte. Esto último está basado en una consideración lógica: si es posible aducir un estado de necesidad defensivo para atentar contra bienes jurídicos de individuos de la especie humana considerados como personas, *a fortiori*, la misma justificante podrá ser aplicada para menoscabar bienes jurídicos de individuos de la especie humana que no son considerados personas (a saber, el feto).

Por último, cabe destacar la incidencia directa que la determinación del estatuto jurídico del feto podría tener en la praxis médica<sup>87</sup>. En efecto, el reconocimiento constitucional al feto de la calidad de persona (por ende, titular de un derecho a la vida), con la consecuente prohibición del aborto a nivel legal, acarrearía que para un tercero (v.gr., un médico) sería altamente complicado dirimir a qué individuo salvar en aquellas situaciones en que el embarazo importa un grave peligro para la vida y/o integridad física de la madre, pues (siguiendo con la premisa del argumento) tanto la madre como el feto serían personas. Supóngase un caso en que el feto desarrolla un tumor que libera toxinas altamente dañinas para la salud de la mujer. La única manera de salvar a la grávida sería mediante un aborto, pero, por otro lado, el feto-persona tiene altas probabilidades de sobrevivir e incluso, de desarrollar una vida extrauterina medianamente normal aun con el tumor, si es que el embarazo se lleva a término. Así, el médico que recibe a esta madre en el servicio de urgencias, ¿debe salvar a la madre o al *nasciturus*? Como se podrá observar, la elevación del feto al estatus de persona, con los mismos derechos y prerrogativas que ostenta la mujer embarazada, no da un criterio que, a su vez, otorgue la certeza jurídica necesaria que permita al personal médico de turno de un servicio hospitalario dirimir con precisión qué interés jurídicamente relevante debe ser salvaguardado.<sup>88</sup> En cambio, si el ordenamiento

---

<sup>87</sup> Este análisis se ha realizado con prescindencia de la normativa infra-legal específica que rige la praxis médica (normativa del Colegio Médico, etc...).

<sup>88</sup> A propósito de la incertidumbre que conlleva la regulación jurídico penal y sanitaria del aborto en el ordenamiento jurídico chileno, véase UNDURRAGA. *Op. cit.* en n. 31, pp. 63 y ss., quien afirma

jurídico opta por una tesis que no le adscribe personalidad al feto, la decisión se torna indefectiblemente en favor de los intereses de la mujer embarazada<sup>89</sup>.

Con esto, he demostrado la relevancia que posee la delimitación del estatuto moral y jurídico del embrión. La discusión acerca de la primera trae a colación la tesis sostenida por Judith Jarvis Thomson, quien sostiene que la premisa consistente en afirmar la personalidad del feto no obsta a la permisibilidad del aborto. Por su parte, la delimitación acerca del estatuto jurídico del embrión adquiere relevancia al momento de determinar la protección a nivel legal que gozará el *nasciturus*, así como también otorga directrices para la práctica médica ante situaciones en las que se debe decidir entre la vida de la madre o la del feto.

En el siguiente capítulo, se intentará encontrar un correlato jurídico a la tesis de Thomson. Es decir, analizaré a partir de qué categoría jurídico penal es viable dar muerte al feto, a pesar de su consideración como persona.

---

tajantemente que “la actual regulación del aborto produce incertidumbre entre los médicos y matronas que se enfrentan con frecuencia a la necesidad de interrumpir embarazos para evitar la muerte de la mujer embarazada o afectaciones graves a su salud” (pp. 63-64). En esta línea, cabe destacar que si esta incerteza se produce existiendo discusión acerca del estatuto jurídico-constitucional del embrión, mayor será si el feto tuviese inequívocamente la calidad de persona (si así fuese, ¿a quién debe salvar al médico en una situación de necesidad? ¿a la madre o al feto-persona?).

<sup>89</sup> De seguir este predicamento debiese deducirse que el reconocimiento de la vida del feto como objeto de protección constitucional implicaría una mayor laxitud en lo que concierne al establecimiento de situaciones en las cuales el aborto no sería constitutivo de delito. Es por esto que bajo esta interpretación el art. 119 del Código Sanitario, el cual dispone que “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto” sería inconstitucional, tal como lo sostiene BASCUÑÁN, ANTONIO. 2004. La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno. *Revista Derecho y Humanidades* (10): pp. 143-181, p. 180. Por otro lado, de considerar que el ordenamiento constitucional chileno le otorga al feto la calidad de persona, el referido art. 119 solo vendría a ser una concretización a nivel legal de la aludida interpretación constitucional. En este sentido, UNDURRAGA. *Op. cit.* en n. 31, p. 62. En una línea similar a Bascuñán, pero en el ámbito del Código Penal, se pronuncia MAYER. *Op. cit.* en n. 13, p. 71, al reconocer que el estatuto legal de la prohibición del aborto va mucho más allá de lo mandatado por el art. 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución, al prohibir el aborto bajo toda circunstancia y sin excepción alguna.

## II.- EL CASO DEL VIOLINISTA

### 1. Introducción – Presentación del caso

A se despierta una mañana y se encuentra en la cama con V, un violinista inconsciente, a quien se ha descubierto una enfermedad renal mortal, ante lo cual la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos y ha descubierto que sólo A tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Para ello, A ha sido secuestrado, tras lo cual el sistema circulatorio del violinista ha sido conectado al de A, de modo tal que sus riñones puedan purificar la sangre del violinista además de la del propio A, lo cual se extenderá por un periodo de 9 meses. Sabiendo que la desconexión conllevará la muerte de V, A logra engañar a sus secuestradores, haciéndoles creer que sigue durmiendo, para entonces proceder a retirarse los cables que lo conectan a V. Minutos después, V muere.<sup>90</sup>

En este capítulo, se intentará dilucidar bajo qué categoría jurídico penal sería permisible para A desconectarse del cuerpo de V sin que su actuar pueda ser susceptible de ser perseguido como comisión de un hecho punible, para lo cual el análisis comprenderá una revisión acerca de la concurrencia de los distintos requisitos de las diversas causas de justificación.

---

<sup>90</sup> THOMSON. *Op. cit.* en n. 58, p. 11.

## **2. Contexto del caso: Una defensa del aborto**

El caso sujeto a revisión se enmarca en el contexto de la discusión acerca del aborto planteada por la autora Judith Jarvis Thomson en su texto “Una defensa del aborto”<sup>91</sup>. En él, Thomson utiliza el ejemplo que da lugar a este trabajo como un caso útil para fundamentar la plausibilidad del aborto partiendo de la premisa fundamental esgrimida por quienes lo rechazan categóricamente: que el feto es una persona desde el momento de la concepción.

Así, cabe analizar en virtud de qué categoría jurídico penal puede A desconectarse de V, sin ser responsable por ello. Sin embargo, antes de analizar este tópico, es necesario hacer una breve alusión a la posibilidad de que la Sociedad de Amantes de la Música esté justificada en su actuar, lo que daría lugar a la imposibilidad de una desconexión por parte de A. Es así como es menester aludir a la configuración de deberes de tolerancia ante la presencia de una conducta justificada.

## **3. Justificación por parte de la Sociedad de Amantes de la Música – Deberes de tolerancia**

Tal como se dejara entrever en el acápite anterior, la afirmación de que la Sociedad de Amantes de la Música (de aquí en adelante, SAM) actúa justificadamente implicaría negar la alegación de que la desconexión de A estaría justificada. Incluso, cabría decir que A estaría interrumpiendo un curso causal salvador, de modo que le sería imputable un homicidio a título doloso. Esto se debe a que una causa de justificación desplaza la aplicabilidad de una norma de comportamiento, pero deja subsistente la referida norma (así como las restantes del ordenamiento jurídico penal) para quien debe soportar la acción defensiva o justificada; norma (prohibitiva) que se

---

<sup>91</sup> *Ibid.*

erige como fundamento de un deber de tolerancia consistente en la omisión de una acción impeditiva de la reacción defensiva<sup>92</sup>. Es decir, si el actuar de la SAM estuviese justificado, se vería desplazada la norma de comportamiento que prohíbe privar de libertad y lesionar corporalmente a otro en favor de la misma SAM (de manera que la conexión no consentida de A respecto de V no podría ser calificada de antijurídica), pero seguiría siendo aplicable para A, en la situación de hecho específica, la norma que prohíbe el homicidio, de modo que en razón del no – desplazamiento de esta última prohibición (y por ende, como fundante de un deber de tolerancia) es que A no podría desconectarse. Con esto, el análisis que se dará a continuación resulta relevante para determinar la configuración de deberes de tolerancia en el supuesto fáctico del que trata el caso.

### **3.1. Justificación por legítima defensa**

Para que proceda esta causa de justificación se requiere de la existencia de una agresión, la cual, para Roxin, implica que debe tratarse de una “amenaza de un bien jurídico por una conducta humana”<sup>93</sup>. Malamente se puede afirmar que el ser portador de un grupo de sangre con facultades curativas es constitutivo de una conducta humana en el sentido de la definición dada, y menos aún, de una agresión<sup>94</sup>. Por ende, debe descartarse la justificación de la SAM por legítima defensa.

---

<sup>92</sup> Fundamental MAÑALICH, JUAN PABLO. 2013. Normas permisivas y deberes de tolerancia. En: La antijuridicidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Montevideo y Buenos Aires. BdeF, pp. 237 y ss.

<sup>93</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. §15. La legítima defensa. En: Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 2º edición. Madrid, Civitas, p. 611.

<sup>94</sup> En esta línea, cabe dilucidar si la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana, en los términos de Roxin, incluye no solo el actuar comisivo, sino también la omisión (impropia). Ante esta interrogante, el autor responde inequívocamente que la agresión perfectamente puede producirse por omisión, puesto que no existen razones fundadas en virtud de las cuales la omisión de una conducta potencialmente salvadora de los bienes jurídicos de un tercero (respecto del cual el agresor se encuentra en una relación de garantía) no cuente como agresión en los mismos términos que la comisión de una acción lesiva de esos mismos bienes jurídicos. Ahora bien, tal como se esbozó, la limitación se encuentra en la configuración propia de las posiciones de garante, puesto que es únicamente el garante quien se encuentra obligado a la evitación del resultado lesivo y por ende sólo él puede agredir en los términos del parágrafo 13 del Código Penal Alemán. Trasladando el análisis al caso en concreto, malamente se puede afirmar que la posesión de un grupo de sangre con facultades curativas constituya una agresión por omisión (e incluso, por acción), sobre todo teniendo en cuenta que A no se encuentra de ninguna manera obligado a evitar un resultado lesivo respecto de los bienes jurídicos de V en virtud de una posición de garante. Así, *Ibid.*, pp. 613-614. Asimismo JAKOBS, GUNTHER. 1997. Apartado 12. La legítima defensa. En: Derecho Penal, Parte General, Fundamentos

### **3.2. Justificación por estado de necesidad defensivo**

Esta causa de justificación requiere de la existencia de un peligro que tenga su origen en la esfera de organización del individuo que sufre la acción defensiva<sup>95</sup>. En el caso del violinista es imposible sostener que el hecho de que un sujeto sea portador de un grupo de sangre específico constituya una fuente de peligro de la cual un agente deba ser competente por su eliminación.

### **3.3. Justificación por estado de necesidad agresivo**

El párrafo 34 del Código Penal Alemán contiene esta causa de justificación, el cual dispone que “El que, en un peligro para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, que sea actual y no sea evitable de otro modo, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no actúa antijurídicamente si la ponderación de los intereses en conflicto, principalmente de los bienes jurídicos afectados y del grado de peligro que los amenaza, el interés protegido es esencialmente preponderante sobre el interés afectado. Lo anterior vale, sin embargo, en tanto el hecho sea medio adecuado para evitar el peligro”.

El estado de necesidad agresivo del Código Penal Alemán permite la ponderación de distintos intereses jurídicos, de modo que no es necesario que uno de ellos sea de carácter patrimonial (como lo exige el art. 10 N° 7 del Código Penal Chileno). Por otro lado, la cláusula de “esencial preponderancia” se fundamenta en que la intervención justificada tiene lugar sobre bienes jurídicos cuyo titular es un tercero ajeno a la fuente de peligro. Es a partir de esta afirmación que la doctrina suele sostener que esta causa de justificación está basada en un principio de solidaridad<sup>96</sup>.

---

y teoría de la imputación. 2° edición. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, p. 467. Acerca de las posiciones de garante, véase KINDHAÜSER, URS. 2002. Comisión por omisión. Código Penal. Comentario de doctrina y práctica [Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez], pp. 97-116, y JAKOBS, GUNTHER. 1997. Apartado 29. El delito de omisión impropia. En: Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. 2° edición. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Pp. 950-1039.

<sup>95</sup> Para un extenso análisis respecto de los requisitos de procedencia de esta causa de justificación, véase *infra* 4.2, en este mismo capítulo.

<sup>96</sup> Fundamental 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. José María Bosch Editor, pp. 67-68, 90 y ss., para quien el estado de necesidad agresivo encuentra su fundamento en un principio de solidaridad general intersubjetiva. Véase asimismo WILENMANN,



Ahora bien, en relación con el caso propuesto, cabe dilucidar si esta justificante puede ser aducida por la SAM para justificar la conexión no consentida de A. Para ello, es necesario tener en cuenta los bienes jurídicos en juego: la vida de V versus la libertad (ambulatoria y de disposición sobre el propio cuerpo) y la integridad física de A (suponiendo que la sobrecarga de trabajo de sus riñones durante 9 meses sea, con un alto grado de probabilidad, lesiva de su salud). En este contexto, Roxin sostiene que “cuando esté en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones. Ante el Derecho toda vida humana...tiene el mismo rango; y no existe un diferente “valor de la vida””<sup>97</sup>. En base a lo expresando por este autor, es dable sostener que, en un argumento *a fortiori*, sí estaría permitida la valoración de la vida frente a un bien jurídico de menor entidad, como la libertad. Sin embargo, cabe preguntarse si el interés por la vida de V es **esencialmente preponderante** sobre la integridad física de A y sobre su libertad por 9 meses, sobre todo considerando que el Código Penal alemán dispone que la ponderación debe realizarse entre intereses y no sólo entre los bienes jurídicos en juego. Esta exigencia implica que se deben tomar en consideración las circunstancias del caso concreto, siendo la ponderación abstracta entre los bienes jurídicos involucrados sólo uno más de los puntos de vista que se deben tomar en cuenta al momento de afirmar o rechazar la justificación mediante el análisis de ponderación exigido<sup>98</sup>.

En nuestro caso, es innegable que la preponderancia de los intereses de V sobre los de A no es clara y/o evidente, de modo que para Roxin debiese rechazarse

---

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 (Valdivia) Vol. XXVII (1): 213-244. En la misma línea se pronuncia PAWLIK, MICHAEL. 2013. El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad. HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ (trad.), Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 34, No. 96, enero – junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-29, cuando afirma que “en el estado de necesidad agresivo se le exige al destinatario de la intromisión el sacrificio solidario de algunos de sus bienes jurídicos” (p. 15) y COCÁ VILA, IVO. 2011. Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo. [en línea]. InDret. Revista para el análisis del Derecho. Enero, 2011, N° 1/2011 <<http://www.indret.com/pdf/789.pdf>> [consulta: 21 de octubre de 2014], al sostener que al sujeto que verá menoscabado sus bienes jurídicos en situaciones de estado de necesidad agresivo “se le impone un deber de tolerancia mínimo que encuentra su origen, no en una previa responsabilidad por el peligro, sino en un deber de solidaridad general” (p. 29).

<sup>97</sup> ROXIN, CLAUDIUS. 1997. §16. El estado de necesidad justificante y casos afines. En: Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 2ª edición. Madrid, Civitas, p. 686.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 674, pp. 682 y ss.

la justificación a título de estado de necesidad agresivo. Incluso, este autor sostiene que “la preponderancia de intereses ha de ser indudable e inequívoca para que se produzca la justificación”<sup>99</sup>.

Por otra parte, Jakobs es más categórico al sostener que “la pérdida de la vida, incluso la pérdida del breve instante que ya quede, la de elementos no secundarios de la integridad corporal, **la pérdida de la libertad no sólo incidental** o la pérdida del honor ya irreparable, no se pueden justificar por lo general a través del estado de necesidad agresivo”<sup>100</sup> (el énfasis es nuestro). Así, este autor niega la justificación ya al nivel de la preponderancia de intereses, de manera que no puede afirmarse que la ponderación de intereses sea indudable e inequívoca en los términos recién señalados.

Por último, la última parte del párrafo 34 alude a la denominada “cláusula de adecuación”. Si bien queda claro que ya al nivel de la preponderancia de intereses debe negarse la justificación en este caso, la cláusula de adecuación permite reafirmar esta negativa. Para Roxin, esta cláusula es indicadora de que la dignidad humana no es objeto de ponderación, de modo que esta disposición se afirma como restricción a la aplicabilidad de esta causa de justificación, que busca evitar la cosificación del individuo que sufre la intervención<sup>101</sup>. Y así como no parece digno extraer por la fuerza un riñón a un sujeto para salvar a otro que necesite un trasplante de forma urgente, tampoco pareciera serlo el menoscabar la libertad y la integridad física de un sujeto que es portador del órgano vital en cuestión.

### **3.4. ¿Estado de necesidad exculpante?**

El que un hecho esté exculpado implica afirmar previamente la contrariedad a derecho de la conducta. Es decir, mediante una causa de exculpación el derecho disculpa el actuar antijurídico de un sujeto, en virtud del cual se expresa una infracción de deber o contrariedad a la norma. Es así como Hruschka sostiene que “a toda ley

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 713.

<sup>100</sup> JAKOBS, GUNTHER. 1997. Apartado 13. El estado de necesidad justificante. *En*: Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. 2° edición. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, p. 505.

<sup>101</sup> ROXIN. §16. *El estado de necesidad justificante. Op. cit.* en n. 97, pp. 715 y ss.

permissiva le corresponde en la retrospectiva una causa de justificación. A una causa de exculpación, por el contrario, no le corresponde nada similar, especialmente ninguna ley permissiva. Por ello, toda causa de exculpación...se halla fuera del sistema de prescripciones, prohibiciones y permisiones y con ello, fuera del sistema al cual pertenecen las causas de justificación”<sup>102</sup>. Es a partir de esto que es posible sostener que, al dejar una causa de exculpación intacta la antijuridicidad del comportamiento, no desplaza norma prohibitiva alguna y por ende la prohibición de privar de libertad y de lesionar a otro sigue vigente en el supuesto fáctico del caso. Así, por más que se afirme que el comportamiento de la SAM estaría exculpado, esta circunstancia no configura deber de tolerancia alguno para A, de modo que este puede repeler la conexión no consentida aduciendo una causa de justificación.

Con esto, ha quedado demostrado que el actuar de la SAM no se encuentra justificado (y si estuviese exculpado, es irrelevante), de modo que A no tiene a su cargo el cumplimiento de un deber de tolerancia.

#### **4. Justificación de la desconexión por parte de A**

En esta sección del trabajo corresponde analizar en virtud de qué causa de justificación estaría justificada la desconexión por parte de A, de modo que se procederá a analizar cada causa de justificación con especial referencia al requisito que se ve envuelto en la problemática objeto de este caso.

##### **4.1. Legítima defensa**

No procedería, por cuanto una acción defensiva sólo cuenta como legítima defensa cuando se dirige contra la persona que realiza una agresión antijurídica. La injerencia sobre bienes jurídicos de terceros ajenos al conflicto sólo podrá estar justificada en virtud de las reglas del estado de necesidad agresivo<sup>103</sup>. En términos de

---

<sup>102</sup> HRUSCHKA, JOACHIM. 2009. Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. 2° edición. Montevideo y Buenos Aires. BdeF, p. 116.

<sup>103</sup> Véase ROXIN. §15. *La legítima defensa*. *Op. cit.* en n. 93, p. 664.

la configuración de deberes de tolerancia: la norma permisiva de la legítima defensa no desplaza o excluye la aplicación de una norma prohibitiva específica que prohíba causar un menoscabo a bienes jurídicos de un tercero ajeno a la fuente de peligro. “Tal norma prohibitiva quedará, en atención a la descripción de la acción como lesiva para bienes de un tercero, fuera del “alcance-de-exclusión” de la norma permisiva en cuestión”<sup>104</sup>, lo que resulta ser una consecuencia de la intensionalidad – relatividad a la descripción – de la acción justificante, en tanto esta se deja entrever como una acción lesiva de bienes jurídicos de un tercero y no del agresor<sup>105</sup>.

Cabe destacar que la ajenidad al conflicto de V debe considerarse en relación a la causa de justificación utilizada en el análisis. Así, en relación a la legítima defensa, V es un tercero ajeno al conflicto por cuanto no realiza una agresión antijurídica, sino que simplemente es colocado en el supuesto del caso por la SAM. Además, dado su estado de inconsciencia, es incapaz de acción. Es decir, en términos de legítima defensa, V no realiza una agresión antijurídica precisamente porque es incapaz (físicamente) de acción y esta situación es definitoria de su ajenidad al conflicto. Son incapaces de acción física quienes no tienen la posibilidad de omitir lo actuado o de actuar lo omitido (principio de contra – facticidad de la imputación). Así, según Kindhäuser “la descripción de una acción implica, dependiendo del tipo de acción, que el actor tuviera la posibilidad de permitir la entrada de la alternativa contrafáctica del estado realizado como objeto intencional”<sup>106</sup>. En el caso en cuestión, es evidente que el estado de inconsciencia de V no puede dar lugar a una alternativa contrafáctica de acción, de modo que debe negarse la posibilidad de ejercer legítima defensa en su contra. Ahora bien, la ajenidad al conflicto de V en términos de la legítima defensa no descarta en lo absoluto que en consideración a una causa de justificación distinta (v.gr.

---

<sup>104</sup> MAÑALICH. *Normas permisivas*. *Op. cit.* en n. 92, p. 219.

<sup>105</sup> Fundamental MAÑALICH, para quien “la permisión de una acción a título de legítima defensa es relativa a su descripción como una acción que menoscaba uno o más bienes jurídicos del agresor. Pues sólo en atención a la posición del agresor tal acción cuenta como una acción defensiva”. Véase *Ibid.*, p. 217.

<sup>106</sup> KINDHÄUSER URS y POLAINO-ORTS, MIGUEL. 2011. *Normativismo en Derecho Penal*. Estudios de Dogmática jurídico – penal. Resistencia, Chaco p. 77.

estado de necesidad defensivo) pueda considerársele como participante en el conflicto<sup>107</sup>.

## 4.2. Estado de necesidad defensivo

### 4.2.1. Aspectos generales

Tal como se anticipara anteriormente, el estado de necesidad defensivo es una causa de justificación que permite repeler peligros provenientes de la esfera de organización del sujeto que sufre el menoscabo de sus bienes jurídicos producto de la

---

<sup>107</sup> La discusión respecto de los requisitos necesarios para que la agresión cuente como ilegítima para así dar lugar a una reacción defensiva *sub specie* legítima defensa no se agota en el primer nivel de imputación. En efecto, existen variadas posiciones en la doctrina referentes al parámetro de subjetividad exigido para que proceda esta justificante. Así, ROXIN. §15. *La legítima defensa. Op. cit.* en n. 93, pp. 612 y ss., 617, 637 y ss., quien afirma tajantemente que “la legítima defensa debe afirmar el derecho frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad” (p. 617) y, en consecuencia, procedería legítima defensa ante agresiones de sujetos inimputables o con culpabilidad disminuida, pero de manera restringida, en aras de ciertas “restricciones ético-sociales” que hacen que la legítima defensa en el caso en concreto no esté “requerida o indicada”, en atención a un menor interés en el prevalecimiento del Derecho (principio fundante de la legítima defensa según el autor). En contra, JAKOBS. *Apartado 12. La legítima defensa. Op. cit.* en n. 94, p. 466, quien sostiene que dado que las situaciones de necesidad implican un problema de distribución de cargas, para que el agresor tenga que cargar con todo el peso de una situación de conflicto se requiere que éste sea plenamente responsable por el surgimiento del mencionado conflicto. Así, y en una construcción *a fortiori*, afirma que si el estado de necesidad defensivo requiere de la concurrencia de responsabilidad, la legítima defensa debe involucrar algo más que la mera incumbencia del autor, siendo este componente adicional la capacidad de motivación. Asimismo PAWLIK, *Op. cit.* en n. 96, p. 18, en cuanto una agresión antijurídica y culpable importa un desconocimiento del estatus de *sujeto* del agredido. También en contra KINDHÄUSER, URS. 2013. *Acerca de la génesis de la fórmula “El Derecho no necesita ceder ante el injusto” En: La antijuridicidad en el derecho penal.* Montevideo y Buenos Aires. BdeF. pp. 65-98, quien controvierte el postulado de Roxin remontándose al verdadero creador de la fórmula “El Derecho no debe ceder ante el injusto”, Alfred Friedrich Berner, para quien, a su vez, no es el ordenamiento jurídico en general el objeto de protección de la acción defensiva, sino que es el derecho concretamente amenazado por la agresión ilegítima, de manera que la legítima defensa sería – desde una óptica hegeliana – la negación de la negación del derecho (p. 71). Así, solo cuenta como negación del derecho un injusto imputable a título de culpabilidad, puesto que es en esta exigencia que se vislumbra la responsabilidad o competencia del agresor por su comportamiento injusto. Un comportamiento no reprochable como culpable no puede ser entendido como una acción que pretende negar el estatus de un derecho concretamente agredido. Es así como, utilizando esta premisa, Kindhäuser señala que “sólo cabe hablar de una agresión antijurídica si quien agrede a otro es visto como capaz de omitir la agresión, en razón de su antijuridicidad, a favor de una alternativa de comportamiento conforme a derecho” (p. 96). Si la posibilidad de evitación intencional de la realización de la conducta lesiva de bienes jurídicos de un tercero sólo puede predicarse teniendo en consideración la directriz de conducta impuesta por una norma de comportamiento, inequívocamente se requiere de capacidad de motivación para afirmar la antijuridicidad de la agresión. En consecuencia, para este autor las agresiones no-culpables deben ser repelidas vía estado de necesidad defensivo.

acción defensiva<sup>108</sup>. Está contemplada en el párrafo 228 del Código Civil alemán respecto de los peligros provenientes de cosas. Esta disposición establece que “El que deteriore o destruya una cosa ajena para apartar de sí mismo o de un tercero un peligro que es ocasionado por dicha cosa, no actúa de manera contraria a derecho siempre que el deterioro o la destrucción sean necesarios para apartar el peligro y el daño no sea desproporcionado frente al peligro”.

Sin perjuicio de lo anterior, ¿qué sucede cuando el peligro proviene ya no de cosas, sino que de humanos? Existen una serie de hipótesis que tienen en común el involucramiento, de una manera u otra, de seres humanos en una situación que puede resultar potencialmente lesiva para bienes jurídicos de un tercero, sin que éste pueda argüir legítima defensa por no concurrir todos los requisitos de su procedencia o por no tratarse de una agresión culpable (dependiendo del autor en cuestión). Es en este tipo de casos cuando entra en juego el estado de necesidad defensivo.

Ahora bien, el desafío en torno a esta justificante es la delimitación del ámbito de alcance de las “esferas de organización”: ¿Se requiere, para su procedencia, un mínimo de imputación objetiva o subjetiva del peligro al titular de la esfera en cuestión? ¿O basta con una mera intervención objetiva, del cuerpo humano, en la situación de conflicto (tal como se aprecia en el caso del violinista), para que haya lugar a la justificación? ¿Hasta qué punto una persona es responsable de la organización de su esfera jurídica conforme a Derecho? A continuación se analizarán los problemas que presenta esta causa de justificación a partir de los postulados de distintos autores.

#### **4.2.1.1. La necesidad de imputación entre la generación del peligro y la esfera de organización**

En esta sección, se analizarán las posturas de diversos autores que adscriben a la exigencia de imputación – ya sea objetiva o subjetiva – entre la creación del peligro y la esfera de organización del sujeto que sufrirá la reacción defensiva, para que esta pueda resultar justificada *sub specie* estado de necesidad defensivo.

---

<sup>108</sup> Acerca de estas “esferas de organización”, véase por todos PAWLIK, *Op. cit.* en n. 96, p. 25 y COCA VILA *Op. cit.* en n. 96, p. 5.

En primer lugar, Jakobs establece, de forma correcta, que dado que el sujeto que sufre la intervención defensiva es competente por el peligro, se invierte el estándar de proporcionalidad del estado de necesidad agresivo. Es decir, ya no se exige que el interés protegido sea esencialmente relevante sobre el afectado, sino que se establece que el daño causado puede ser mayor al evitado, pero no puede ser sustancialmente mayor<sup>109</sup>. Esta afirmación (compartida también por Michael Pawlik<sup>110</sup>) se fundamenta por la competencia que le cabe a un sujeto por la generación de una situación de conflicto. Así, a diferencia del estado de necesidad agresivo, la intromisión<sup>111</sup> en los bienes jurídicos del creador del peligro está limitada (y no fundamentada) por la prohibición de una causación de daños desproporcionada<sup>112</sup>. Ahora bien, y en relación al caso que nos convoca, Jakobs sostiene que “La conexión meramente externa con una esfera de dominio, sin responsabilidad, no fundamenta estado de necesidad defensivo alguno”<sup>113</sup>. De aquí que se puede concluir que este autor requiere algo más que una conexión meramente fáctica u objetiva con la generación del peligro: requiere de una conexión dolosa o imprudente que pueda dar lugar a responsabilidad. De este modo, bajo esta concepción, A sólo podría desconectarse de V aduciendo un estado de necesidad agresivo (habida consideración que al ser la generación del peligro una cuestión meramente factual, V sería un sujeto ajeno al conflicto), opción que desde ya debe ser descartada puesto que no se satisface su exigente estándar de proporcionalidad. Ahora bien, si se afirma que existe dolo o imprudencia, ya no puede hablarse de un sujeto ajeno a la generación del conflicto, de modo que procedería un estado de necesidad defensivo (y si hay plena capacidad de motivación, legítima defensa).

En este sentido, Francisco Baldó distingue entre (i) situaciones de plena competencia por el peligro amenazante; (ii) situaciones de preferente competencia por

---

<sup>109</sup> JAKOBS. Apartado 13. *El estado de necesidad justificante*. *Op. cit.* en n. 100, pp. 520-521.

<sup>110</sup> PAWLIK. *Op. cit.* en n. 96, pp. 14-15.

<sup>111</sup> Para una refutación a la noción de normas permisivas como fundamentos de un derecho a la ejecución de la acción defensiva (concepción que es asumida implícitamente por Pawlik; véase *Ibid.*, p. 14) resulta fundamental MAÑALICH. *Normas permisivas*. *Op. cit.* en n. 92, pp. 225 y ss.

<sup>112</sup> *Idem* a n. 110. El fundamento de este estándar de proporcionalidad será revisado con mayor detenimiento en un apartado especialmente destinado para estos efectos. Véase *infra* 4.2.4.

<sup>113</sup> JAKOBS. Apartado 13. *El estado de necesidad justificante*. *Op. cit.* en n. 100, p. 521.

el peligro amenazante; (iii) situaciones de no – competencia por el peligro amenazante<sup>114</sup>. El segundo supuesto es el que alude a la configuración propia de un estado de necesidad defensivo. En él, para este autor, el peligro que origina una situación procede de la esfera organizativa de un sujeto, en términos tales que puede ser objetivamente imputable a éste, pero no subjetivamente imputable a título doloso<sup>115</sup>. Incluso, para el autor bastaría con la posibilidad de imputar objetivamente el peligro, con prescindencia de la imputación a título imprudente. Así, es esta posibilidad de imputar objetivamente la creación del peligro la que permite hablar de una situación de “competencia preferente” por el peligro amenazante, puesto que es preferente respecto de fuentes o sujetos que no han tenido injerencia alguna en la generación del peligro. De modo que, si la creación del peligro no es objetivamente imputable a una esfera de organización, el necesitado deberá proceder amparado por las reglas del estado de necesidad agresivo. En este sentido, Baldó reconoce que los comportamientos humanos que no revistan caracteres de acciones jurídico penales deberán seguir las reglas del estado de necesidad agresivo y también sostiene que “las situaciones de necesidad en las que la fuente de peligro amenazante no sea cuando menos reconducible a un comportamiento humano en términos de imputación objetiva, seguirán igualmente las reglas del estado de necesidad agresivo”<sup>116</sup>. En palabras de Coca Vila “únicamente cabe conjurar peligros en estado de necesidad defensivo cuando el sujeto contra el que se responde sea responsable en términos de imputación objetiva por la creación o la no contención del peligro que desencadena la situación de necesidad”<sup>117</sup>. Esto sólo viene a reafirmar el principio de contrafactividad de la imputación<sup>118</sup>, por cuanto para que un comportamiento sea (objetiva o subjetivamente) imputable a un sujeto éste debió haber tenido la alternativa contrafáctica (física o intelectual) de haber actuado de otro modo. En conclusión, se puede afirmar que para estos autores A no podría justificar su desconexión vía estado de necesidad defensivo.

---

<sup>114</sup> BALDÓ. *Op. cit.* en n. 96, p. 73.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>117</sup> COCÁ VILA. *Op. cit.* en n. 96, p. 33.

<sup>118</sup> Véase la referencia a KINDHÄUSER en n. 106.



Por último, Michael Pawlik afirma que el estado de necesidad defensivo se encuentra posicionado entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo, puesto que el ordenamiento jurídico le concede al destinatario del peligro la posibilidad de defenderse frente a éstos, pero a su vez le impone al necesitado el deber de omitir una defensa desproporcionada, en aras de un principio de solidaridad<sup>119</sup>.

A su vez, distingue entre “personas” y “sujetos”<sup>120</sup>: los primeros aparecen simplemente como portadores de derechos y deberes en abstracto, mientras que los segundos son individuos que dirigen su vida, que actúan con sentido y que por ende toman posición respecto de propósitos propios o ajenos. Esta distinción cobra relevancia por cuanto la legítima defensa procede sólo frente a quienes actúan como sujetos, puesto que solamente ellos pueden demostrar con su actuar un interés en el menoscabo del plan de vida de la víctima. Así, la legítima defensa requeriría una agresión ilegítima y culpable, mientras que si el agresor no puede ser calificado como *sujeto* de la agresión imputada, no demuestra con esta un agudo desconocimiento de la posición de *sujeto* del agredido (por ejemplo, por concurrir una causal de inimputabilidad)<sup>121</sup> y puede, por ende, reclamar un grado de solidaridad en la acción defensiva, dando lugar al estado de necesidad defensivo.

Ahora bien, y entrando ya en terreno, debemos preguntarnos acerca de las condiciones de atribución de la generación de un peligro al titular de una esfera de organización, exigidas por el autor en cuestión. En este sentido sostiene que “la facultad de defensa...podría fundarse en peligros creados conforme a derecho, siempre que estos le fuesen imputables objetivamente al titular del objeto peligroso, de conformidad con la semántica de la división de competencias existente en la respectiva sociedad”<sup>122</sup>. Así, el autor reconoce que los peligros susceptibles de ser repelidos vía estado de necesidad defensivo no son sólo los creados antijurídicamente (esto es, los generados a partir de una organización contraria a Derecho), sino que también aquellos emanados de esferas de organización ordenadas conforme a

---

<sup>119</sup> PAWLIK. *Op. cit.* en n. 96, p. 15.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 16.

Derecho<sup>123</sup>. Esto se torna relevante una vez que se constata que los peligros originados en esferas organizadas conforme a derecho “amenazan con recortar las posibilidades que tiene la persona puesta en peligro de disponer de los bienes que le corresponden conforme a derecho en la misma medida que lo hacen los riesgos creados antijurídicamente”<sup>124</sup>. A modo de ejemplo, el autor utiliza el caso de un perro que escapa de su perrera sin que su propietario haya infringido deber alguno, y que posteriormente se abalanza sobre una figura de porcelana de propiedad de un tercero<sup>125</sup>. En este caso, el dueño de la mencionada figura puede aducir un estado de necesidad defensivo conforme al parágrafo 228 del Código Civil Alemán (siempre que se cumpla con su baremo de ponderación), aun cuando en la esfera organizativa del dueño del animal no sea posible observar un desconocimiento del estatus de *sujeto* del propietario de la figura en cuestión<sup>126</sup>.

Para fundamentar su elaboración dogmática, Pawlik apela a la correlatividad entre libertad y deber: quien puede organizar libremente su esfera jurídica puede excluir a otros de ella, y para ello debe neutralizar los peligros que emanan de sus bienes, aun cuando no exista contrariedad a deber en la organización. Es esta “competencia de neutralización” la que justifica la aplicabilidad de un estado de necesidad defensivo contra peligros emanados de una esfera organizada conforme a

---

<sup>123</sup> De la constatación de que un peligro puede provenir de una esfera organizada conforme a deber no debe deducirse que en lo concerniente a la clausura normológica del sistema de normas permisivas el peligro en cuestión deba ser considerado como legítimo. Pues si así fuera, malamente podría incoarse un estado de necesidad defensivo en contra del titular de la esfera de la cual emana el peligro, puesto que su generación, en un juicio deóntico, se encontraría permitido (esto es, no-sería-antijurídico). Esto es advertido por MAÑALICH. *Normas permisivas. Op. cit.* en n. 92, p. 263, cuando señala, a propósito del estado de necesidad defensivo, que “la generación o intensificación “agresiva” (lato sensu) del peligro – que hace “necesaria” la ejecución de una acción defensiva – ha de ser antijurídica en el mismo sentido en que ha de serlo una agresión actual en tanto presupuesto de una permisión *sub specie* legítima defensa”. Así, tanto los peligros que Pawlik denomina como “antijurídicos” (esto es, provenientes de esferas jurídicas organizadas de forma contraria a deber) como los peligros de esferas organizadas conforme a derecho deben ser – en relación con el sistema de normas permisivas - calificados como “antijurídicos” para permitir la entrada de cualquier causa de justificación, incluyendo el estado de necesidad defensivo.

<sup>124</sup> PAWLIK. *Op. cit.* en n. 96, p. 23.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>126</sup> Es en este sentido que el autor afirma que “es cierto que aquel que organiza su esfera jurídica conforme a derecho *en ningún momento* da un motivo para dudar de su voluntad de reconocer a los demás sujetos; sin embargo, en lo que se refiere al *momento actual del conflicto*, esto no es diferente en los otros casos del estado de necesidad defensivo”. Véase *Ibid.*, p. 26.

derecho<sup>127</sup>. Sin embargo, tal como se mencionó en el párrafo anterior, esta competencia no alcanza a aquellos peligros respecto de los cuales el titular de la esfera de la cual emanan no podía evitar su generación. Es por ello que Pawlik habla que la adscripción de un peligro a una esfera ordenada conforme a derecho supone que el peligro sea **objetivamente imputable** al agente en cuestión, de conformidad con el sistema de distribución de competencias existentes en la respectiva sociedad. Y, tal como se ha dejado entrever, en el esquema construido por Pawlik no puede afirmarse que el peligro generado por un incapaz de acción – como es V en el caso del violinista – sea susceptible de ser catalogado como un peligro por el cual un sujeto es competente por su eliminación, atendido justamente la imposibilidad de una libre organización de su esfera organizativa debida a la falta de una alternativa de comportamiento contrafáctica, consistente en la evitación de un resultado lesivo para los bienes jurídicos de un tercero. Vale decir, quien no puede organizar libremente su esfera, no puede ser competente por los peligros que emanen de ella<sup>128</sup>. Con esto, puede afirmarse que (para Pawlik) el sujeto A no puede incoar un estado de necesidad defensivo para desconectarse de V, en virtud de su incapacidad de acción y más aún, por su falta de competencia por la neutralización del peligro.

#### **4.2.1.2. La conexión externa entre el peligro y la esfera de organización**

Para un sector de la doctrina, no se requiere imputación alguna entre el peligro creado y el sujeto involucrado en su generación, de manera que “el criterio determinante es la ubicación fáctica de la fuente del peligro y la posibilidad de

---

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>128</sup> Este argumento es respaldado por COCA VILA. *Op. cit.* en n. 96, pp. 9-10, cuando, al exponer acerca de la tesis de Pawlik, afirma que “en la medida en que un sujeto haya podido organizar su esfera de forma distinta a como lo hizo y se constate una pérdida de control (*kontrollverlust*) de la misma...el peligro se sitúa al lado del responsable de la esfera de organización, a quien le corresponde ocupar una posición de competencia especial o preferente en relación con las reacciones defensivas” (p. 9). Asimismo, sostiene que, en términos de Pawlik, en los casos de estado de necesidad defensivo puede hablarse de sujetos responsables en sentido débil, esto es, “sujetos designados preferentemente competentes como sucesión inmediata a su libertad de organización” (p. 10). Es patente entonces, que si un sujeto no puede organizarse libremente, malamente podría ser preferentemente competente por la creación de un peligro. Por último, la ubicación sistemática que en su argumento le otorga a la tesis de Pawlik (la *quasiresponsabilidad*) ilustra la exigencia de un vínculo normativo (entre el agente y el peligro generado) que este autor requiere para configurar una reacción defensiva *sub specie* estado de necesidad defensivo.

reconducir causalmente el peligro a la esfera del sujeto de donde se desprende”<sup>129</sup>. Representativamente en este sentido, Roxin sostiene que el estado de necesidad defensivo procede en los siguientes casos: (i) Supuestos de falta de acción (utiliza el ejemplo del vehículo que es lanzado con *vis absoluta* a la calzada); (ii) Puesta en peligro creada por una acción diligente; (iii) Perforación (aquel caso en que se debe matar al niño en el parto para resguardar la vida de la embarazada); (iv) Supuestos de legítima defensa preventiva<sup>130</sup>.

Los casos que interesan para la resolución del caso objeto de este capítulo son el (i) y el (iii), o sea, aquellos de incapacidad de acción. Dado que justamente es esta carencia la que afecta a V, para Roxin sería factible que A invocara un estado de necesidad defensivo con el fin de desconectarse de V, puesto que la conexión no sólo lesiona su libertad personal, sino que también lesiona y pone en peligro su integridad física. Es en este orden de ideas que Roxin expresa que “un derecho a matar sólo puede existir dentro del marco de la legítima defensa, y en el estado de necesidad defensivo puede haberlo a lo sumo en caso de un peligro similar a la agresión, agudo e inminente para la vida o la integridad”<sup>131</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de que Roxin llega a la solución correcta (esto es, admitir la responsabilidad por el propio cuerpo de modo que una conducta de un sujeto físicamente incapaz de acción puede ser repelida vía estado de necesidad defensivo), es menester indagar en el modo en que se llegó a tal solución. Y para el referido autor, la aplicación del estado de necesidad defensivo se verifica sólo tras comprobar que en un caso en específico no se cumplen los presupuestos de la legítima defensa, esto es, una agresión antijurídica actual o inminente. Es decir, para este autor el estado de necesidad defensivo sería una causa de justificación meramente subsidiaria respecto de la legítima defensa. De este modo, no se sigue una secuencia lógica entre la delimitación del alcance de la legítima defensa (que Roxin extiende incluso en contra de inimputables) y los supuestos de estado de necesidad defensivo.

---

<sup>129</sup> *Ibid.*, pp. 6-7.

<sup>130</sup> ROXIN. §16. *El estado de necesidad justificante*. *Op. cit.* en n. 97, pp. 705-706.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 712.

Es en este mismo orden de ideas, que Javier Wilenmann sostiene que “la dogmática del estado de necesidad defensivo aparece en ese caso como una construcción tópica de grupos de casos difíciles en la legítima defensa...sin que tengan ninguna relación sistemática o fundamental entre sí, salvo que son casos de legítima defensa en los que falta el cumplimiento de uno de sus requisitos”<sup>132</sup>. Por el contrario, el argumento de Kindhäuser<sup>133</sup> logra delimitar una línea divisoria basada en la teoría de las normas entre la procedencia de la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo: la primera procede cuando una acción es portadora de significación jurídico penal como negadora del derecho agredido (y para ello el agresor debe ser plenamente competente por el conflicto), mientras que el segundo procede ante sujetos que no tienen la capacidad de motivarse en aras del seguimiento de una norma<sup>134</sup>. Así, la competencia por la generación del conflicto resulta clave para la delimitación entre legítima defensa y estado de necesidad defensivo: en la primera, puede hablarse de una “responsabilidad fuerte” que genera cargas para el agresor, mientras que a partir del segundo puede hablarse de una “responsabilidad débil” en la cual cobran relevancia razones de justicia distributiva en la atribución de cargas de los sujetos envueltos en un conflicto.

#### **4.2.2. Responsabilidad por el propio cuerpo – Teoría del involucramiento**

Dado que ninguna de las propuestas anteriormente presentadas permite dar una solución apropiada al problema de la desconexión de A respecto a V, se hace necesario explorar otras alternativas que permitan ampliar el núcleo de atribución de responsabilidad. En lo que sigue, se planteará la posibilidad de afirmar una “responsabilidad por el propio cuerpo”, que permita dar una respuesta satisfactoria al caso analizado en este capítulo.

---

<sup>132</sup> WILENMANN, JAVIER. 2014. El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal. [en línea]. InDret. Revista para el análisis del Derecho. Julio, 2014, N° 3/2014 <<http://www.indret.com/pdf/10062.pdf>> [consulta: 24 de octubre de 2014] p. 17.

<sup>133</sup> Para una resumida exposición de las posiciones contrarias a Roxin, entre ellas la de Kindhäuser, véase n. 107.

<sup>134</sup> Por supuesto, esta afirmación no excluye en lo absoluto la posibilidad de invocar un estado de necesidad defensivo ante comportamientos de incapaces de acción, como se sostiene en este trabajo.

En su artículo titulado “*Responsibility and the boundaries of the self*”<sup>135</sup>, Meir Dan-Cohen postula que la adscripción de responsabilidad por los efectos negativos de nuestro comportamiento ha sido comúnmente entendido en los términos de lo que él denomina “*the free will paradigm*” (de ahora en adelante, “paradigma de la responsabilidad por acciones libremente queridas”), el cual se caracteriza por la capacidad del agente al cual se le atribuye responsabilidad de optar libremente por la realización de una conducta lesiva<sup>136</sup>. Esta estructura de responsabilidad es representativamente recogida por el Derecho Penal, en cuanto la descripción típica de los distintos delitos supone su comisión dolosa y, por ende, libremente querida y ejecutada. Cabe destacar, entonces, que el análisis de Dan-Cohen no se limita a la noción de “responsabilidad legal”, (en términos del autor “*legal responsibility*”, que puede ser entendida como la determinación legalmente mediada de las condiciones en virtud de las cuales un agente debe soportar las consecuencias por la realización de conductas lesivas de los bienes jurídicos de un tercero), sino que abarca la comprensión de la noción primigenia de *responsabilidad*, sin limitar el análisis en atención a una ordenamiento legal determinado. Así, según Cohen, para entender cabalmente el sentido y alcance de la “responsabilidad legal”, primero debe comprenderse la noción primaria de *responsabilidad*. Y la fuente de mayor relevancia para lograr aquel entendimiento no es sino el discurso moral<sup>137</sup>.

Una vez aclarado lo anterior, Dan-Cohen afirma que existe una serie de clases o tipos de responsabilidad que no son susceptibles de ser entendidos bajo el paradigma de la responsabilidad por acciones libremente queridas. Incluso, se tiende a pensar en aquellas como excepciones al mencionado paradigma<sup>138</sup>. Así, la idea de responsabilidad por acciones libremente queridas y ejecutadas se aplica al núcleo de los casos de adscripción de responsabilidad, pero deja sin responder muchas dudas respecto de casos periféricos (constituidos por estas nuevas especies de

---

<sup>135</sup> Véase DAN-COHN, MEIR. 1992. Responsibility and the boundaries of the self. Harvard Law Review Vol. 105 (5): 959-1003.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 959.

<sup>137</sup> *Ibid.* En este sentido es fundamental recordar que la incompetencia regulativa del discurso moral no es óbice para afirmar su potencial normativo, el cual permite analizar, criticar, y crear el derecho positivo. Al respecto, véase n. 50.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 960.

responsabilidad) en los cuales no es posible encontrar una voluntad en el agente en torno a la realización de la acción lesiva. Y uno de estos casos periféricos, según el autor, sería la así denominada *strict responsibility*, fundamental para el desarrollo de este argumento y que será analizada con posterioridad<sup>139</sup>.

De esta forma, Dan-Cohen se pregunta qué denominador común tienen estos casos periféricos con el núcleo de atribución de responsabilidad, vale decir, el paradigma de las acciones libremente queridas. Es así que el autor pretende incorporar al debate un esquema alternativo de responsabilidad que sea útil para comprender los problemas que acarrea la noción primigenia de “responsabilidad”, sin tropezar con los problemas inherentes al paradigma propio del núcleo de la imputación<sup>140</sup>. Y este esquema alternativo es el denominado “*paradigm of the self constitution*” o “*constitutive paradigm*” (paradigma constitutivo), el cual trata a la responsabilidad no como un asunto concerniente a lo-que-decidimos-hacer (como lo hace el paradigma de responsabilidad por acciones libremente queridas), sino que referente a lo-que-uno-es y quiénes somos<sup>141</sup>. Con esto, adquiere especial relevancia la noción del “*sí mismo*” (*self*, en términos del autor) como un conjunto de caracteres y atributos propios de un ser humano en específico, contingentemente – y no apriorísticamente<sup>142</sup> – establecidos, que pueden ser generadores de responsabilidad.

---

<sup>139</sup> *Ibid.* Cabe destacar que la noción de *strict responsibility* no debe ser entendida como “responsabilidad estricta” en el sentido – civil- de aquel modelo de atribución de responsabilidad en el cual el único factor relevante es la creación de riesgos en el ejercicio de una actividad peligrosa. Otro de los esquemas de atribución de responsabilidad “periféricos” son: (i) Responsabilidad vicarial (*vicarious responsibility*), esto es, una especie de responsabilidad por el hecho ajeno intrínsecamente vinculada con la idea de *strict responsibility*; y (ii) Responsabilidad colectiva (*collective responsibility*), en virtud de la cual la identidad social de un sujeto sirve como una base de responsabilidad para la adscripción de las consecuencias de determinados comportamientos del grupo con el cual el agente se identifica (p. 986).

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 961.

<sup>142</sup> La contingencia del contenido del “*sí mismo*”, defendida por Dan-Cohen, implica que un ser humano no debe ser entendido como portador de propiedades inalterablemente determinadas. En efecto, Dan-Cohen sostiene que una de las características del “*sí mismo*” es su (i) Flexibilidad (*Plasticity*), en virtud de la cual este puede ser delineado y constituido de innumerables maneras, sin que exista una predeterminación o limitación en su configuración. Las otras características del “*sí mismo*” tratadas por el autor son (ii) Gradualidad (*Scalarity*), en virtud de la cual ciertas expresiones son más característicos de un sujeto, y, por ende, conforman el núcleo duro de la configuración de su “*sí mismo*”, en contraposición a otras actitudes o gestos que no son reveladores de aspectos centrales del “*sí mismo*” del individuo en cuestión; (iii) Temporalidad (*Temporality*): Esta característica permite distinguir entre un “*sí mismo*” momentáneo por oposición a uno total (*momentary self versus total self*). El primero alude a todos los componentes del “*sí mismo*” en un cierto momento, mientras que el segundo hace referencia

De esta forma, la volición – tal como lo entiende el paradigma de las acciones libremente queridas – sería sólo un elemento constitutivo del “*sí mismo*”, pero no el único. Así, este nuevo paradigma no sólo resulta relevante en cuanto a la adscripción de responsabilidad, sino que también es fundamental por cuanto es esta atribución la que nos permite dirimir qué elementos conforman el “*sí mismo*” de un individuo, delineando así sus límites (*boundaries*) normativamente relevantes<sup>143</sup>.

Para lograr su objetivo, Dan-Cohen establece que el paradigma constitutivo presenta una estructura dual de responsabilidad. En primer lugar, alude a una noción objetiva de responsabilidad (o, mejor dicho, “objeto de responsabilidad”<sup>144</sup>), en virtud de la cual se representa una cosa o evento por el cual un sujeto es responsable. Así, en las oraciones “A es responsable por el jarrón roto” o “A es responsable por el accidente vehicular” la expresión “es responsable por” se refiere al evento u objeto por cuya causación un sujeto es responsable. Así, podría decirse que las oraciones mencionadas perfectamente podrían ser reemplazadas por “A es responsable del jarrón roto” y “A es responsable del accidente vehicular”, sin perder el sentido objetivo que a la proposición “es responsable por” Cohen pretende atribuir.

Enseguida, sostiene una “noción subjetiva de responsabilidad”<sup>145</sup>, a partir de la cual no se alude ya al evento u objeto por cuya causación un agente es responsable, sino que a un aspecto del sujeto en virtud del cual se le considera autor de tal evento. A modo de ejemplo, cuando se dice que “A es responsable por su manejo negligente”, el manejo negligente se constituye como un aspecto de A en virtud del cual se le considera como autor de un determinado evento (por ejemplo, un atropello). Así, en este sentido, la expresión “es responsable por” permite identificar la base de la autoría del desencadenamiento de determinados hechos o eventos, de manera que la oración

---

a “una misma imagen” que contiene todos los “*sí mismos* momentáneos”; (iv) Auto-constitución (*Self-constitution*), que conlleva a afirmar la capacidad del “*sí mismo*” de identificarse con ciertos elementos e integrarlos en él, o de distanciarse de ellos, objetivizándolos y separándolos de su propia configuración y (v) *Modularity*, que hace alusión a los roles que los individuos cumplen en la sociedad y cómo las expectativas, formas de comportamiento y respuestas emocionales derivadas de ese rol participan en la constitución del “*sí mismo*”. Al respecto véase *Ibid.*, pp. 965 y ss.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 961.

<sup>144</sup> *Ibid.*, pp. 962-963.

<sup>145</sup> *Ibid.*



utilizada en el ejemplo perfectamente podría ser sustituida por “A es responsable en virtud de su manejo negligente” sin ver mermado el alcance que Dan-Cohen le quiere otorgar. Dado que esta noción de responsabilidad alude a un aspecto al partir del cual se atribuye responsabilidad, es que de ahora en adelante será denominada como “responsabilidad basal”<sup>146</sup>.

La ambigüedad de la expresión “es responsable por” permite, a su vez, dar lugar a dos hipótesis. La primera<sup>147</sup> (y más relevante para la resolución de nuestro caso) concierne al problema de la vinculación entre los dos sentidos de responsabilidad recientemente expuestos, puesto que el asumir como propia la causación de un determinado evento (por ejemplo, el accidente vehicular) implica necesariamente la afirmación de la existencia de un determinado aspecto del “*sí mismo*” como una fuente de autoría del determinado hecho o evento (el manejo negligente). En otras palabras, la asunción de “responsabilidad objetiva” por la realización de un hecho o evento conlleva a su vez a afirmar que un elemento del “*sí mismo*” importa una fuente para la atribución de responsabilidad basal, con lo cual se utiliza indirectamente el mencionado hecho o evento como un punto de referencia a partir del cual el individuo en cuestión define los límites de su “*sí mismo*” (así, en el ejemplo mencionado, la atribución del accidente vehicular al manejo negligente importa implícitamente integrar la negligencia como un elemento constitutivo del “*sí mismo*” del individuo en cuestión).

Por otro lado, ya entrando en la “segunda hipótesis”<sup>148</sup>, puede ocurrir que en ciertas ocasiones una adscripción de responsabilidad puede ser interpretada tanto como objeto o como base de responsabilidad. Es así como la frase “A es responsable por su conducción negligente” si bien *prima facie* debe ser interpretada en sentido basal, también puede serlo considerando a la conducción negligente no como una fuente de autoría, sino como el evento a ser atribuido a un agente. Esto nos lleva a un aparente dilema: en ciertos casos interpretamos la conducción negligente como un

---

<sup>146</sup> Para una aplicación de la estructura dual de responsabilidad establecida por Dan-Cohen en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho chileno, véase MAÑALICH, JUAN PABLO. 2011. Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. Revista Chilena de Derecho vol. 38 (2), pp. 302 y ss.

<sup>147</sup> Véase DAN COHEN, *Op. cit.* en n, 135, p. 963.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 964.

aspecto propio del agente indicador de autoría por el actuar, pero en el otro se designa a un evento externo cuya adscripción a A requiere de un paso de atribución sucesivo<sup>149</sup>.

Asimismo, y tal como se esbozó anteriormente, la dialéctica entre las dos vertientes de responsabilidad del paradigma constitutivo participa activamente en la definición del contenido y los límites del “*sí mismo*”. Así, cuando un sujeto asume responsabilidad por el jarrón roto o por el accidente vehicular, al mismo tiempo está identificando un aspecto del “*sí mismo*” en virtud del cual él es responsable, ya sea que el evento haya sido causado intencionalmente, inadvertidamente, o por un individuo del cual un tercero es responsable. Cualquiera que sea el caso, la adscripción de responsabilidad importa un acto de definición del “*sí mismo*”<sup>150</sup>. Y es en este sentido que el juego recíproco entre las distintas características del “*sí mismo*” (véase nota 142) colabora en la identificación de su contenido y límites. Por ejemplo, la característica de Auto - Constitución (*Self Constitution*) permite que la adscripción de responsabilidad pueda ser considerada como una instancia de auto-definición del “*sí mismo*” mediante la identificación con un aspecto constitutivo que pueda servir de base de responsabilidad o, por otro lado, con la separación (objetivización) del referido aspecto, con lo cual deja de ser un componente del “*sí mismo*” y, en consecuencia, base de responsabilidad. Pero una vez que es combinada con la característica – *Modularity*, se observa que la adscripción de responsabilidad se encuentra mediada por convenciones sociales, que a su vez dan cuenta de una noción socialmente compartida del “*sí mismo*” de los individuos integrantes de la sociedad en cuestión<sup>151</sup>.

Ahora bien, y ya entrando en terreno, Dan-Cohen destaca que la libre voluntad (*free will*) es sólo uno de los elementos constitutivos del “*sí mismo*” que, en

---

<sup>149</sup> La solución a este aparente dilema se encuentra en los conceptos de gradualidad (*scalarity*) y temporalidad (*temporality*). El primero permite sostener que la consideración de un elemento como base de responsabilidad o como elemento a ser atribuido a un agente es dependiente de la cercanía que tal elemento tiene, en el juicio de responsabilidad, al núcleo del “*sí mismo*”. A su vez, el segundo lleva a afirmar que dada la capacidad de separar ciertos elementos del “*sí mismo*” para así objetivarlos por un cierto lapso de tiempo, perfectamente es posible que ese elemento sea identificado en un determinado momento como integrante del “*sí mismo*”, y, en otra ocasión, como un evento externo cuya autoría debe ser atribuida al agente. Véase *Ibid.*, p. 972.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 969.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 970.

consecuencia, pueden ser identificados como base para la adscripción de responsabilidad por la causación de un cierto evento. De esta forma, el autor pasa a analizar la gama de otros aspectos constitutivos que puedan actuar como base de responsabilidad<sup>152</sup>. Así, llega a la tesis de Charles Taylor, quien introdujo el concepto de *responsibility for self*<sup>153</sup>. Según este autor, somos responsables por nosotros mismos puesto que cada individuo es constructor de su particular “*sí mismo*”. De esta forma, al ser autores de nosotros mismos, somos objetivamente responsables (utilizando la terminología de Dan-Cohen) por “nosotros”. El problema que esto acarrea, según Cohen, es que se objetiviza al agente, transformándolo en un objeto de responsabilidad, eliminando la responsabilidad que le cabría como autor<sup>154</sup>.

Cohen relativiza esta situación y señala que un individuo se puede desprender de componentes de su “*sí mismo*”, objetivándolos, pero segmentadamente. Esto quiere decir que en el momento original, previo a la segmentación, debe existir un sujeto: **la noción de “objeto de responsabilidad” por cualquier aspecto del “sí mismo” presupone la noción primaria de responsabilidad basal**<sup>155</sup>. Esta clase de responsabilidad permite que, mediante la objetivación, el sujeto no se elimine a sí mismo de la especie humana, de modo que teniendo esto presente, todo otro factor u elemento que esté circunscrito a los límites del “*sí mismo*” puede fundamentar responsabilidad (entre ellos, el cuerpo), de modo que, en forma correlativa, los contornos del “*sí mismo*” son determinados en relación a los distintas especies de “objetos de responsabilidad” existentes. Vale decir: todos los componentes del “*sí*

---

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 975.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 976.

<sup>154</sup> Este mismo problema es observado por Cohen al tratar acerca de la “Responsabilidad por el carácter” (*responsibility for character*). En efecto, la afirmación –realizada por Aristóteles - de que las personas son responsables por su propio carácter debido a que son sus creadores está construida (utilizando los términos de Cohen y su paradigma constitutivo) bajo la visión de que el carácter es un objeto u evento externo, susceptible de ser atribuido a un agente. Así, bajo esta interpretación, el carácter no es definitorio del “*sí mismo*” de un sujeto, de manera que debe ser atribuido a una base de responsabilidad – un elemento constitutivo del “*sí mismo*”- como por ejemplo, la intención (*free will*), lo cual no puede sino ser altamente problemático por cuanto el carácter, *per se*, es un aspecto susceptible de ser catalogado como constitutivo de un sujeto. Así, Cohen va un paso más allá y postula que el carácter debe ser tratado como un elemento integrante del “*sí mismo*” y, por ende, como una base de responsabilidad en virtud de la cual se identifica a un sujeto como autor de ciertos eventos. Es en esta misma línea, que la intención debe ser considerada como uno de los aspectos constitutivos del “*sí mismo*” y por ende como base para la atribución de responsabilidad. Al efecto, véase *Ibid.*, pp. 973-975.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 976.

*mismo*” sirven como base de responsabilidad para la consecuente adscripción de objetos o eventos externos al sujeto en cuestión, de manera que el contenido y los límites del “*sí mismo*” son delineados en relación a sus elementos constitutivos y los “objetos de responsabilidad” susceptibles de ser adscritos a un agente en virtud de un elemento o atributo constitutivo en específico (como el cuerpo)<sup>156</sup>.

Es así como con esta tesis Dan-Cohen afirma que un individuo es responsable por su propio cuerpo<sup>157</sup>: este forma parte de la dimensión espacial del “*sí mismo*” (*spatial dimension of the self*), que alude a la capacidad de un individuo de identificarse con ciertos objetos de su propiedad y también con su propio cuerpo y que origina la así llamada “*strict responsibility*”<sup>158</sup>. Así, al ser el cuerpo constitutivo del “*sí mismo*” (y por ende fundar responsabilidad), un sujeto no puede distanciarse ni separarse de él para esgrimir que es un mero objeto ajeno a su propia auto-constitución. De este modo (volviendo al caso del violinista), V no puede negar que su cuerpo es constitutivo de sí mismo, y por ende, si repentinamente despertara de su inconsciencia y se viera conectado – sin su consentimiento – a A, debería reparar el daño causado, considerándose a sí mismo como autor del eventual menoscabo de los bienes jurídicos de A. Lo mismo sucede en el clásico ejemplo del epiléptico que, en un ataque, cae sobre un tercero que se encuentra al lado de él. Si el epiléptico despertara en algún momento y nota que al lado suyo yace una persona lesionada por la caída, lo más probable es que el epiléptico se sintiera responsable por la situación.

Lo anteriormente expuesto quedará aún más claro a través del siguiente caso, propuesto por Judith Jarvis Thomson:

La Amenaza Inocente (“*Innocent Threat*”)<sup>159</sup>

**1ra variante:** Un sujeto X se encuentra en el techo de su edificio tomando sol. En una cornisa de otro edificio más alto, se encuentra un hombre Z de grandes dimensiones morfológicas (*fat man*, para

---

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 977.

<sup>157</sup> *Ibid.*, pp. 978 y ss.

<sup>158</sup> *Ibid.*, pp. 977-978.

<sup>159</sup> Véase THOMSON, JUDITH JARVIS. 1991. Self defense. *Philosophy & Public Affairs* Vol. 20 (4) p. 287.

Thomson), disfrutando de un asado. Repentinamente, un villano empuja a Z hacia X, quien se encuentra varios metros más abajo. Si Z cae sobre X, este muere. Sin embargo, X tiene la posibilidad de cambiar un toldo de posición, y si lo hace, Z caerá sobre él, rebotará y luego caerá sobre el pavimento varios metros más abajo, lo que le causará una muerte segura.

**2da variante:** Mismas circunstancias que en la anterior, pero esta vez no es un villano el que empuja a Z hacia X, sino que una intensa ráfaga de viento<sup>160</sup>.

A partir de las hipótesis propuestas, se pueden deducir una serie de premisas. En primer lugar, en ambas variantes, el estatus de X es el mismo, puesto que sólo ve el acometimiento de un sujeto que menoscabaría (eventualmente) sus bienes jurídicos, en específico, su vida. Así, la existencia o inexistencia de una utilización por parte del villano del cuerpo de Z para la producción del resultado lesivo es irrelevante: el acometido sólo observa, desde su posición, que un sujeto está cayendo sobre él, y es esto lo que lo legitima a actuar independiente de la causa de la caída de Z. Esta misma premisa es afirmada por Thomson, para quien está moralmente permitido para X cambiar de posición el toldo (es decir, su actuar está justificado y no es meramente excusable) en las dos hipótesis mencionadas<sup>161</sup>. En consecuencia, se puede concluir que es indiferente si el hombre es empujado por un tercero o por el viento, puesto que la posibilidad de actuación de X se ve inalterada. Y se ve inalterada, precisamente, porque en ambos supuestos se cumple con la regla de oro propuesta por Thomson, esto es, que si el acometido no mata al acometiente el primero está encaminado a una muerte segura, y esto violaría su derecho a no ser asesinado<sup>162</sup> (a pesar de la falta de culpa e incluso de agencia de parte del acometiente); en ambos casos el sujeto Z no puede reclamar que es un espectador (*bystander*) totalmente ajeno al supuesto de hecho y que por ende tiene un derecho a no ser asesinado por X<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pp. 287 y 305, respectivamente.

<sup>162</sup> Acerca de esta regla de oro, véase *Ibid.*, pp. 303 y 308.

<sup>163</sup> Para mayor profundidad sobre la noción de *bystander* en el argumento de Thomson, véase *Ibid.*, pp. 298-303.

Como segunda premisa, cabe afirmar que en ambas variantes el hombre Z no es jurídicamente responsable (por ejemplo, en sede civil o penal) por las lesiones sufridas por X, puesto que es incapaz de acción y por ende no le era viable evitar la realización del resultado lesivo<sup>164</sup>. Sin embargo, esta falta de imputabilidad no quita que existe un involucramiento de un componente de él mismo (su propio cuerpo) en una situación atentatoria de bienes jurídicos de un tercero que es absolutamente ajeno a la generación del conflicto. Este involucramiento no es una situación meramente teórica, sino que está respaldado por una respuesta natural del acometiente proveniente del sentido común y de las buenas costumbres: el sujeto Z de la 2da variante del caso, una vez recuperado (y suponiendo que no habría muerto), normalmente pediría disculpas por la caída<sup>165</sup>, mientras que la reacción natural de Z en la primera variante del caso sería decir “perdón, pero fue el villano quien me empujó”. Ahora bien, esta reacción de Z no debe observarse como un intento de

---

<sup>164</sup> En este punto uno podría preguntarse qué ocurriría si el tropiezo de Z con la consecuente caída sobre X no se debiese ya a la intervención de un tercero-villano o a una circunstancia propia de factores ambientales (ráfaga de viento), sino a la imprudencia del acometiente. Por ejemplo, supongamos una variante del caso en la cual el tropiezo de Z se debe a la utilización médicamente no-recetada de lentes de contacto que impedían una correcta medición de las distancias entre un objeto y otro, de manera que, en un mal cálculo, Z puso su pie en el vacío en vez de en el suelo de la cornisa de su edificio, cayendo al vacío ¿Puede sostenerse que en este caso el tropiezo de Z le acarrearía responsabilidad jurídicamente relevante? La respuesta no puede sino ser afirmativa, por cuanto la imprudencia constituye un criterio de imputación extraordinaria en el 1er nivel de imputación (capacidad de acción) en cuya virtud se le imputa a un sujeto la infracción de una norma de comportamiento en el referido nivel a pesar de no conocer todos los presupuestos de hecho concernientes al acaecimiento del tipo (supuesto necesario para la procedencia del dolo), debiendo haberlos conocido en atención a una exigencia de cuidado. Así, gracias a este criterio “el destinatario de una norma es privado de la posibilidad de invocar su incapacidad actual de actuar con arreglo a la norma, si esta incapacidad, por su parte, hubiese sido evitable, y precisamente si el destinatario se hubiese preocupado, en la medida que de él se esperaba, de su capacidad de seguimiento de la norma” (KINDHAÜSER, URS. 2013. ¿Qué es la imprudencia? En: 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, Universidad de Chile, p. 221.), de manera que, en nuestro ejemplo, Z no puede pretender exonerarse de responsabilidad penal aduciendo que en el momento de la comisión del hecho no era capaz de evitar la realización del tipo si es que la falta de esta capacidad se debe a una infracción de un deber de cuidado – cual es, de tener la mayor operatividad del sentido de la vista si uno se encuentra en una situación potencialmente lesiva de los bienes jurídicos de un tercero, y si por algún motivo no se tiene, de mantenerse lo suficientemente alejado del borde de la cornisa - .

<sup>165</sup> Esta reacción propia de nuestras prácticas cotidianas es observada por DAN-COHEN, *Op. cit.* en n. 135, p. 978, cuando propone el ejemplo de un sujeto que, en una fiesta, derrama un vaso con vino a pesar de ser extremadamente diligente. En este caso, sería totalmente natural que el sujeto se sintiera responsable por el hecho y ofreciera limpiar lo derramado, con lo cual asume su autoría por la causación de un hecho externo (el derrame del vino) teniendo en consideración a su propio cuerpo como base de responsabilidad. Ahora bien, en el caso de Thomson el análisis se hace más patente, por cuanto se trata de un supuesto de incapacidad de acción física.

desentenderse de la situación, sino que con la solicitud de disculpas reconoce y afirma su involucramiento en la caída. Las disculpas y la alusión al villano como responsable sólo denotan una adscripción de responsabilidad por el hecho. Así, en ambas hipótesis, el “perdón” sólo denota el reconocimiento de una participación (en el sentido de involucramiento) en la situación de hecho, sin que implique afirmar responsabilidad civil o penal en Z por lo acontecido.

Cabe destacar que la afirmación de la existencia de responsabilidad por el propio cuerpo o por involucramiento no persigue fines punitivos o indemnizatorios, sino que es una responsabilidad deóntica que permite distribuir cargas entre los involucrados en una situación de hecho<sup>166</sup>. Así, si bien en el caso analizado en este trabajo, el violinista V no es responsable jurídicamente por la conexión (dada su incapacidad de acción y el hecho de que él es simplemente colocado en una situación de conexión por parte de la SAM), esto no obsta a que esté involucrado en los acontecimientos. Y es en virtud de este involucramiento que no es justo exigirle a A que cargue con el deber de mantener una conexión que nunca consintió por el hecho de que esta no le es imputable a V. De este modo, la afirmación de este nuevo núcleo de responsabilidad, distinto a la responsabilidad por acciones libremente queridas y por el carácter, está íntimamente vinculado con consideraciones de justicia distributiva.

En virtud de lo expuesto, debe afirmarse la responsabilidad de un sujeto por su propio cuerpo, ¿pero esta responsabilidad se traduce en la posibilidad de actuar defensivamente en su contra vía estado de necesidad defensivo, o sólo se puede aducir una causa de exculpación? En vista y consideración de que el cuerpo debe considerarse como un elemento constitutivo de un sujeto, es patente que puede afirmarse que si el peligro proviene del propio cuerpo se cumple con el presupuesto básico del estado de necesidad defensivo, a saber: que el peligro provenga de la esfera de organización del sujeto que sufre la acción defensiva. Por ende, y considerando

---

<sup>166</sup> En esta misma línea, acerca del carácter distributivo del estado de necesidad defensivo en el sistema de las causas de justificación se pronuncia WILENMANN. *El sistema de derechos de necesidad*. Op. cit. en n. 132, p. 15, al afirmar que “los requisitos del estado de necesidad defensivo constituyen de esta forma expresiones de razones distributivas en la fundamentación de la atribución de cargas”, de manera que “la calidad de beneficiario de autonomía en tanto titular de derechos subjetivos y de un ámbito de autonomía propia implica la atribución de cargas derivadas de ello”.

además que se cumple con el estándar de ponderación propuesto (el mal causado no es sustancialmente superior al que se evita) es que resulta permisible para A invocar un estado de necesidad defensivo para justificar la desconexión y, en consecuencia, la muerte de V.

Además, es justamente en virtud de esta propuesta que cobra sentido la regla en virtud de la cual las lesiones provocadas sobre terceros distintos al agresor en supuestos de agresiones que son repelidas por una acción defensiva *sub specie* legítima defensa deben ser sancionadas (aunque sea a título imprudente)<sup>167</sup>. Esto se explica precisamente por la falta de involucramiento de estos sujetos en la situación defensiva, de modo que pueden ser considerados como espectadores. Así, si un sujeto se ve involucrado de algún modo en una situación lesiva de bienes jurídicos de terceros con un aspecto constitutivo de su “*sí mismo*”, el acometimiento podrá ser repelido vía estado de necesidad defensivo. Si el involucramiento configura una agresión antijurídica y culpable, la carga de la defensa se inclina a favor del agredido y este podrá actuar en legítima defensa.

#### 4.2.3. ¿Colisión de permisos?

Para ilustrar el problema referente a los supuestos de colisión de permisos<sup>168</sup>, es necesario trabajar con una nueva variante del caso “*Innocent Threat*” propuesto por Thomson:

**3ra variante:** Mismas circunstancias que en las anteriores, pero en esta Z tiene una pistola desintegradora que evitaría que X corriera el tordo para salvar su vida.

Con la introducción de este nueva variante, se invierte el punto de vista: X es ahora una amenaza para la vida de Z, el cual puede salvar su vida disparando su

---

<sup>167</sup> Fundamental ROXIN §15. *La legítima defensa*. *Op. cit.* en n. 93, pp. 664 y ss. y en términos de la configuración de deberes de tolerancia, MAÑALICH. *Normas permisivas*. *Op. cit.* en n. 92, pp. 216 y ss.

<sup>168</sup> Una definición de la noción de “colisión de permisos” se encuentra en JOERDEN. *Erlaubniskollisionen, insbesondere im Strafrecht*, la cual es traducida al castellano por MAÑALICH. *Normas permisivas*. *Op. cit.* en n. 92, p. 263 como casos en que “para dos personas, en relación con su comportamiento en sí mismo prohibido (al menos *prima facie*) está a disposición una causa de justificación, cuya aplicación en el caso concreto, empero, llevaría a una autocontradicción (pragmática) del emisor del permiso”.



pistola desintegradora sobre X. ¿Está su actuar justificado por legítima defensa y/o estado de necesidad defensivo? Para Thomson no lo está, por cuanto Z, dado su acometimiento sobre X, carece de un derecho a que X no lo mate<sup>169</sup>. Es decir, para determinar quién puede actuar defensivamente se debe atender a un criterio meramente fáctico: a primera vista, es Z el que representa un peligro para X y no viceversa, es Z el que altera el *status quo* y el normal desencadenamiento de los hechos y es por esto que sólo X puede actuar vía estado de necesidad defensivo. Sostener lo contrario sería (según Thomson) llegar al absurdo<sup>170</sup>, por cuanto cualquiera que diga que si no actúa morirá podrá actuar justificadamente a pesar de que el sujeto contra el cual pretende actuar esté en realidad amparado por una causa de justificación. Así, para determinar quién actúa justificadamente en esta hipótesis se debe estar a la naturaleza del acometimiento<sup>171</sup>. Con esta solución, se aboga por reconocer una asimetría en la posición jurídica de los involucrados, de modo que se respeta la regla de que no cabe una causa de justificación contra un actuar justificado.

Este problema, cuya discusión, según Thomson, conllevará a un absurdo moral, es tratado extensamente por Russell Christopher en su artículo *Self Defense and Objectivity: A Reply to Judith Jarvis Thomson*<sup>172</sup>. En él aduce que no sería posible identificar a agresor y agredido en una situación defensiva tal como lo hace Thomson. Es decir, la teoría de Thomson fallaría en distinguir correctamente entre la agresión ilegítima y el actuar defensivo en respuesta a ella, puesto que sólo consideraría factores objetivos para su elaboración. En defensa de su argumento, Christopher trabaja con el caso del *Villanous Agressor* propuesto por Thomson<sup>173</sup>:

---

<sup>169</sup> THOMSON. *Self defense. Op. cit.* en n. 159, p. 304.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>171</sup> Ahora bien, cabe destacar que la generación de un peligro susceptible de ser adscrita a una esfera de organización no debe necesariamente manifestarse en la forma de un “acometimiento”, entendido como un despliegue de energía física de un individuo sobre otro. Por ejemplo, es plausible que la mera presencia de un feto en el útero materno implique un peligro para los intereses jurídico penalmente relevantes de la madre, a pesar de que no pueda predicarse que el feto acometa sobre ella.

<sup>172</sup> CHRISTOPHER, RUSSELL. *Self defense and objectivity: A reply to Judith Jarvis Thomson*. Buffalo Criminal Law Review vol. 1 (2): 537-574.

<sup>173</sup> El autor trabaja también con el caso de la amenaza inocente de NOZICK, ROBERT. 1988. *Anarquía, Estado y Utopía*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica, p. 46, a partir del cual llega a la misma conclusión que en el caso del Villano agresor. Así, para evitar reiteraciones innecesarias, se ha omitido exponer el caso en este apartado, habida consideración que será extensamente analizado en *infra* 4.2.4. De todas formas, para ver el análisis de Christopher referente a este caso, véase *Ibid.*, pp. 546-549.

El Villano Agresor (“Villanous Aggressor”)<sup>174</sup>:

Un villano A se precipita contra el sujeto B, manejando un camión. La única forma que tiene B para salvar su vida es volando con una pistola desintegradora láser el camión, y consecuentemente a A.

Teniendo a la vista la formulación original del caso, Christopher le asigna unidades de tiempo a cada uno de los momentos relevantes del desencadenamiento de los hechos<sup>175</sup>. Así, al momento T0 A comienza a manejar el camión en dirección a B, y de no mediar el accionar de la pistola desintegradora, matará a B en el momento T10, de modo que es dable afirmar que en el espacio temporal T0 A está por matar (*is about to kill*) a B<sup>176</sup>. Consecuentemente, es evidente que para que la reacción defensiva de B surta efectos, deberá utilizar la pistola desintegradora en cualquier espacio de tiempo entre T0 y T10, por ejemplo, T5. Ahora bien, si es que se asume que existen 10 unidades de tiempo entre el principio de ejecución de la acción y el resultado, habría que sostener que la reacción *prima facie* defensiva de B comenzaría al momento T-5. Dado que el momento T-5 es anterior al momento T0, en términos de Thomson (según Rusell), el principio de ejecución de la acción de B es anterior a la de A, y por ende es B quien perdería su derecho a la vida puesto que en la secuencia temporal descrita él es el primero en dar ejecución a una acción lesiva de la vida de A. En consecuencia, el acometimiento de A no viola el derecho a la vida de B por cuanto este último lo perdió en el momento T-5, anterior a T0 (recuérdese la regla de oro propuesta por Thomson, descrita anteriormente). De esta forma, la objetividad de la teoría de Thomson impediría distinguir claramente entre la agresión ilegítima o la generación del peligro y la reacción defensiva, ya sea en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo.

Con esto, Christopher pretende demostrar que la teoría eminentemente objetiva de Thomson falla no sólo en los casos de amenazas inocentes (véase nota 173), sino

---

<sup>174</sup> THOMSON. *Self defense. Op. cit.* en n. 159, p. 283.

<sup>175</sup> Véase CHRISTOPHER, *Op. cit.* en n. 172, pp. 549-551.

<sup>176</sup> Para efectos de su argumento el autor asume arbitrariamente que existen 10 unidades de tiempo entre el momento en que se *está por* iniciar la ejecución de la acción y la consumación del resultado lesivo. En términos jurídico penales, podría plantearse que *is about to* es análogo al principio de ejecución de la acción típica en cuestión

que también en aquellos casos en que intuitivamente todos estaríamos de acuerdo en que un sujeto es agresor y el otro agredido (v. gr., el caso del Villano Agresor).

Pues bien, ¿qué autor tiene la razón? ¿Es necesario incorporar alguna noción de índole subjetiva al análisis de la calificación de una acción como agresora o defensiva (como propugna Christopher) o tal carácter agresivo o defensivo de una conducta debe determinarse objetivamente (como sostiene Thomson)? La respuesta correcta no puede sino ser la última, vale decir, que la calificación de un comportamiento como agresivo o defensivo debe realizarse atendiendo únicamente a parámetros objetivos<sup>177</sup>. Así, “al disponerse una persona a ejecutar una acción que pueda resultar permitida *sub specie* legítima defensa (de sí misma), esa persona ha de encontrarse en una situación que admita ser (objetivamente) descrita como la situación de alguien expuesto a una agresión antijurídica actual de parte de otra persona”<sup>178</sup>. La identificación de un comportamiento como agresión antijurídica (en el caso de la legítima defensa) o generación de un peligro (en los supuestos de estado de necesidad defensivo) implica que el sujeto que sufrirá los embates de la reacción defensiva debe alterar, con su actuar, el curso normal del desenvolvimiento de los acontecimientos, convirtiendo la situación en cuestión en una susceptible de ser caracterizada como *per se* asimétrica<sup>179</sup>. Solo así su comportamiento podrá ser subsumible en el supuesto de generación de peligro propio de la causa de justificación susceptible de ser incoada en el caso en específico, la cual desplazará –

---

<sup>177</sup> De esta constatación no debe deducirse la total irrelevancia de elementos de índole subjetiva, pues estos resultan relevantes no ya para determinar el carácter agresivo o defensivo de un comportamiento, sino para apreciar la concurrencia de una justificante en un caso concreto. En efecto, la doctrina ha exigido que el agente que actúa defensivamente lo haga con conocimiento de la situación justificante (“dolo de justificación”). Es tal la relevancia de este elemento subjetivo que un actuar objetivamente justificado, pero sin conocimiento de la situación justificante (lo que se conoce como error de tipo permisivo al revés) es punible a título de tentativa inidónea (sin perjuicio de que se discute en doctrina si esta clase de tentativa debe ser castigada o no, tópico que escapa al objeto de este trabajo). Para mayor profundidad acerca de los elementos subjetivos de justificación, ROXIN, CLAUS. 1997. §14. Cuestiones fundamentales de la teoría del injusto. *En*: Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 2º edición. Madrid, Civitas, pp. 596 y ss. y SILVA, GUILLERMO. 2013. Imputación y Causas de Justificación. *Revista de Estudios de la Justicia* (18): 25-58, pp. 36 y ss.

<sup>178</sup> MAÑALICH. *Normas permisivas*. *Op. cit.* en n. 92, p. 271.

<sup>179</sup> Acerca de la necesidad de constatar la asimetría de las posiciones jurídicas de los involucrados en una situación justificante, véase *Ibid.*, pp. 264 y ss. quien en relación a la supuesta colisión de permisos entre dos personas que se batan a duelo sostiene que “el problema quedaría disuelto, en cambio, si se demostrase que la relación-de-agresión tiene que ser caracterizada como asimétrica” (p. 270).

situacionalmente - la aplicabilidad de una norma prohibitiva (por ejemplo, de homicidio o lesiones), permitiendo así el menoscabo de los bienes jurídicos del agresor contemplado en la descripción típica de la norma desplazada<sup>180</sup>. Sostener lo contrario (esto es, ser partidario de la teoría de Christopher) amenaza con desdibujar la sistemática de los deberes de tolerancia al imponerlos sobre el sujeto que – desde una perspectiva acorde con el desarrollo de nuestras relaciones cotidianas - verá lesionado sus bienes jurídicos por la generación agresiva del peligro por parte de otro<sup>181</sup>. Así, en el caso del Villano Agresor, Christopher estaría obligado a sostener que sobre el acometido B recae un deber de tolerancia, fundado en el no-desplazamiento de la prohibición de matar a otro, por cuanto es el actuar del villano A el que estaría amparado por una causa de justificación, siendo que es este, con su acometimiento, quien altera el *status quo* de la situación. Afirmar la plausibilidad de una elucubración teórica como esta se torna insostenible.

De esta forma, teniendo en consideración que la construcción dogmática netamente objetiva de Thomson no adolece de los defectos que le imputa Christopher, es que no es necesario introducir elemento subjetivo alguno para subsanar defectos inexistentes. Es así como la asimetría intrínseca de la situación justificante fundamenta la imposición de deberes de tolerancia (basados en la no-exclusión de una norma de comportamiento) en uno de los intervinientes, mientras que el actuar del otro se encontraría cubierto por una causa de justificación.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando las posiciones jurídicas de los involucrados no son *per se* asimétricas, sino que son susceptibles de ser catalogadas, desde un comienzo, como simétricas? Para resolver esta interrogante, supongamos el siguiente caso:

---

<sup>180</sup> Acerca de la configuración de deberes de tolerancia propuesta por MAÑALICH, véase resumidamente *supra* 3. *Justificación por parte de la Sociedad de Amantes de la Música – Deberes de tolerancia*.

<sup>181</sup> Es justamente a esto lo que se refiere Thomson cuando afirma que la concesión de la posibilidad de defenderse a Z en el caso de la Amenaza Inocente y a A en el caso del Villano Agresor raya en el absurdo moral (véase la referencia realizada en n. 170).

## Los hombre rodantes

2 sujetos, A y B, ruedan cerro abajo por 2 colinas que se encuentran una frente a la otra, tras ser lanzados cada uno por un villano. Ambos cuentan con pistolas desintegradoras y saben que si chocan uno con el otro al pie de la colina, morirán.

En este caso, ¿puede A o B actuar justificadamente aduciendo un estado de necesidad defensivo? Para solucionar este problema, es necesario atenerse a la ilegitimidad de la agresión como regla de clausura<sup>182</sup>. Es decir, no cabe legítima defensa ante un actuar que es legítimo (justificado). De modo que si A actúa primero y dispara su pistola, B no podrá defenderse aduciendo legítima defensa (por cuanto el actuar de A estaría justificado, *prima facie*, por estado de necesidad defensivo). Pero tampoco podrá defenderse aduciendo estado de necesidad defensivo, por cuanto “la norma permisiva del estado de necesidad defensivo no resulta aplicable si la respectiva generación o intensificación “agresiva” del peligro queda cubierta por alguna norma permisiva”<sup>183</sup>. Sin embargo, se debe dilucidar si el disparo de A, previo al de B (es decir, no simultáneo), puede estar justificado por estado de necesidad defensivo. Y la respuesta es que sí. Pues el hecho de que A dispare primero implicaría que la situación que es *prima facie* simétrica se torne en asimétrica, de modo que, al igual que en el caso de la tabla de Carnéades<sup>184</sup>, si A dispara primero subsiste para B un deber de tolerancia fundamentado en la prohibición de matar a otro, de modo que si utiliza su pistola estaría infringiendo ese deber de tolerancia en la forma de una interrupción de un curso causal salvador. Por el contrario, si A y B disparan simultáneamente, la posición jurídica de A y de B será realmente simétrica, de modo que el peligro proveniente de ambas esferas jurídicas no se encontrará consolidado al momento de ejecutar la acción defensiva y por ende no puede predicarse ni de A ni de B que se encontraban expuestos asimétricamente a un peligro por parte del otro. Así,

---

<sup>182</sup> Fundamental MAÑALICH. *Normas permisivas*. Op. cit. en n. 92, pp. 251-255.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>184</sup> *Ibid.*, pp. 276 y ss. El caso consiste en que dos náufragos nadan hacia una tabla que sólo soporta el peso de una persona. Si alguno de los 2 consigue llegar a la tabla primero, podrá defender su adquisición vía legítima defensa o, en su caso, estado de necesidad defensivo. En cambio, si ambos alcanzan la tabla en el mismo momento su posición es totalmente simétrica y por ende ninguno podrá argüir alguna causa de justificación.

“la simultaneidad de la ejecución de la acción de uno y otro obsta a la permisión de cualquiera de ellas, ya sea a título de legítima defensa o a título de estado de necesidad defensivo”<sup>185</sup>.

En conclusión, la premisa resultante de lo recientemente expuesto es que la problemática de los supuestos de colisión de permisos es inocua: la permisión de una conducta *sub specie* legítima defensa está subordinada a que “la situación identificada con la existencia de una agresión antijurídica (actual), en tanto condición de aplicación de la norma permisiva, ha de estar ya consolidada cuando tiene lugar (el inicio de) la ejecución de la acción de cuya eventual permisión se trata”<sup>186</sup>. Esta premisa es enteramente aplicable a los supuestos de estado de necesidad defensivo, en los cuales la generación del peligro debe estar consolidada antes de la ejecución de la acción defensiva.

Por último, es menester dilucidar si una situación de embarazo puede ser identificada con un supuesto de colisión de permisos. La respuesta, a estas alturas, debiese ser bastante clara. Dado que el estado de gravidez es enteramente análogo a los casos de Amenaza Inocente, es evidente que es sólo la madre quien podrá aducir un estado de necesidad defensivo en aras del resguardo de sus intereses jurídico-penalmente relevantes, y no el feto, pues es este último el que, a pesar de su incapacidad de acción, altera el *status quo* de las condiciones de desenvolvimiento de la vida cotidiana de la mujer que lo alberga en su útero, generando un peligro para los intereses de su progenitora<sup>187</sup>. Es así como la situación de embarazo es *per se* asimétrica, de manera que el aborto realizado por la madre o por un tercero con su consentimiento podrá ser calificado como permitido atendido su identificación con una conducta justificada *sub specie* estado de necesidad defensivo, con entera independencia de la consideración del feto como persona o no-persona<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 282.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 272.

<sup>187</sup> De vital importancia resulta recordar aquí lo sostenido en la n. 171: el hecho de que el feto no acometa sobre la mujer no obsta a que efectivamente su mera presencia en el útero materno ponga en peligro los intereses de su progenitora.

<sup>188</sup> Esto, considerando que es necesario recordar que el presente trabajo está construido a partir de la premisa que Thomson ocupa para elaborar su argumento: que la consideración del feto como persona desde el momento de la concepción no es óbice a la permisibilidad del aborto causado por la madre o

#### 4.2.4. Consideraciones acerca del estándar de ponderación

En su artículo titulado “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”<sup>189</sup>, Antonio Bascuñán alude al estado de necesidad defensivo como aquella justificante a ser invocada en los casos extremos de aborto terapéutico, esto es, para aquellos casos en que la muerte del feto sea el medio necesario para evitar un peligro actual o inminente para la vida de la madre<sup>190</sup>. Esto se deriva a partir de la constatación de que para Bascuñán el estado de necesidad defensivo procede cuando el mal que se causa no es superior al que se evita. Es decir, el estándar de proporcionalidad propio de un estado de necesidad defensivo cubre, en su grado más exigente, supuestos en los que el bien de afectación es igual al de protección, de modo que en esta causa de justificación “el estándar de ponderación ya no exige preponderancia sino que se conforma con una equivalencia de los intereses en conflicto”<sup>191</sup>. La posibilidad de argüir una equivalencia entre los intereses en juego estaría dada por la competencia en la generación del conflicto que tiene el sujeto que verá menoscabado sus bienes jurídicos por la reacción defensiva, a diferencia de lo que sucede en las hipótesis de estado de necesidad agresivo, en las cuales el afectado es un tercero completamente ajeno a la generación del peligro.

Ahora bien ¿es correcto el estándar de ponderación propuesto por Bascuñán para la causa de justificación del estado de necesidad defensivo? Tal como se dejara entrever anteriormente, la respuesta es negativa. El gran problema de la solución dada por Bascuñán es que desconoce el estándar de proporcionalidad propio del estado de necesidad defensivo. En efecto, el mencionado estándar no se agota en la equivalencia entre el mal causado (es decir, el bien de afectación) y el mal evitado (bien protegido<sup>192</sup>), sino que el mal causado puede ser mayor al evitado, pero no

---

por un tercero con su consentimiento. Latamente, THOMSON. Una defensa del aborto, *Op. cit.* en n. 58, pp. 9-32.

<sup>189</sup> BASCUÑÁN. *La licitud del aborto. Op. cit.* en n. 89, pp. 143-181.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>191</sup> BASCUÑÁN. *La píldora del día después. Op. cit.* en n. 13, p. 70.

<sup>192</sup> La referencia a la ponderación entre bien jurídico protegido y afectado es realizada dada la trascendencia que tiene el análisis comparativo del valor de los bienes jurídicos en juego en el juicio de ponderación de intereses jurídico penalmente relevantes que es característico del estado de necesidad justificante.

sustancialmente, lo que implica que el bien jurídico afectado puede ser de mayor relevancia jurídico penal (en la escala jerárquica de bienes jurídicos) que el salvaguardado, siempre que no lo sea preponderantemente<sup>193</sup>. Esto se justifica precisamente en que la competencia por la generación del peligro de parte del sujeto que sufre la reacción defensiva permite que el derecho le otorgue a quien sufrirá el menoscabo de sus bienes jurídicos por una acción ilícita ciertas prerrogativas para sobrepasar, con su acción defensiva, el umbral de afectación del mismo bien jurídico que sería menoscabado<sup>194</sup>. Sólo con este estándar de proporcionalidad puede sostenerse correctamente que el parámetro de ponderación del estado de necesidad defensivo corresponde a una inversión del estándar propio del estado de necesidad agresivo<sup>195</sup>. Es más: es este estándar el que permite una coherencia sistemática entre

---

<sup>193</sup> Así se vislumbra en JAKOBS. *Apartado 13. El estado de necesidad justificante. Op. cit.* en n. 100, p. 520, cuando, tras constatar que en las constelaciones de estado de necesidad defensivo se invierte el estándar de proporcionalidad del § 34 del Código Penal Alemán (estado de necesidad agresivo), sostiene que “la persona amenazada por el peligro (o el auxiliador) aún puede intervenir en los bienes del responsable en el marco de lo necesario, destruyendo más de lo que salva, mientras se mantengan hasta cierto punto las proporciones”. En un sentido análogo, PAWLK. *Op. cit.* en n. 96, p. 15, para quien “en los eventos del estado de necesidad defensivo cobijados por el §228 Código Civil Alemán el derecho de intromisión está limitado por la prohibición de una causación de daños desproporcionada”, BALDÓ. *Op. cit.* en n. 96, pp. 144 y ss., pp. 168 y ss. para quien el estándar sería el del << interés lesionado no relevantemente superior al interés salvaguardado >> (p. 144), COCA VILA. *Op. cit.* en n. 96, pp. 28 y ss. y ya en el ámbito del Derecho positivo nacional MAÑALICH, JUAN PABLO. 2013. El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N°11 del Código Penal chileno. *En: Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury.* Santiago. Editorial Thomson Reuters, p. 719, quien al exponer la posibilidad de interpretar el art. 10 N° 11 del Código Penal chileno como una norma comprensiva del estado de necesidad defensivo, sostiene que “a favor de tal interpretación parecería hablar el estándar de proporcionalidad fijado en el nuevo N° 11...que tiende a coincidir con el estándar que cabe entender como distintivo del régimen del estado de necesidad defensivo en tanto causa de justificación”.

<sup>194</sup> En esta línea se pronuncia ROXIN. §16. *El estado de necesidad justificante. Op. cit.* en n. 97, p. 707, para quien “la circunstancia que en el estado de necesidad defensivo hace que en muchas ocasiones la ponderación de intereses recaiga a favor del bien objeto de conservación, incluso aunque el bien jurídico no sea más valioso, es el origen del peligro desde la esfera del bien objeto de ingerencia: nadie tiene por qué soportar indefenso amenazas que le lleguen de fuera, incluso aunque no hayan sido causadas de modo imputable...”. Cabe destacar que, si bien la anterior afirmación es correcta, el autor no es partidario de la construcción de un estado de necesidad defensivo contra personas a partir del §228 del Código Civil Alemán (BGB), puesto que para él bastaría la cláusula de “esencial preponderancia” del §34 del Código Penal Alemán atendido que en la teoría de ponderación de intereses la jerarquía de los bienes jurídicos en juego es sólo un elemento más en el juicio de proporcionalidad, de modo que “el hecho de que en tales casos muchas veces el bien jurídico protegido no sea sustancialmente más valioso que el dañado, no excluye que “el interés protegido sea sustancialmente preponderante sobre el dañado”” (p. 706) en los términos del §34. Véase también BALDÓ. *Op. cit.* en n. 96, pp. 172 y ss.

<sup>195</sup> Representativamente, JAKOBS. *Apartado 13. El estado de necesidad justificante. Op. cit.* en n. 100, p. 520 y PAWLK. *Op. cit.* en n. 96, p. 15. Véase también MAÑALICH. *Normas permisivas. Op. cit.* en n. 92, p. 259, quien a propósito de la identificación de los presupuestos de imputabilidad de un



los supuestos de estado de necesidad agresivo y defensivo, de modo que el exceso en el menoscabo del bien sacrificado aduciendo un estado de necesidad agresivo puede ser repelido por una reacción defensiva *sub specie* estado de necesidad defensivo<sup>196</sup>. Además, este estándar da cuenta de una adecuada combinación de los principios de autonomía individual (responsabilidad por organización) y solidaridad (como limitante) que subyacen al estado de necesidad defensivo<sup>197</sup>, otorgando un mayor margen de reacción defensiva limitada a su vez por una cláusula de “sustancial

---

comportamiento que pueden dar lugar a una agresión en el marco de la legítima defensa, postula que estos presupuestos son más exigentes que aquellos que dan lugar a una acción permitida *sub specie* estado de necesidad defensivo, justamente porque “el alcance de esta última norma permisiva... resulta considerablemente más restringido, en tanto definido por una inversión del estándar de proporcionalidad que condiciona una permisión a título de estado de necesidad agresivo...”.

<sup>196</sup> Reconociendo la coherencia entre el estándar de ponderación propuesto para el estado de necesidad defensivo y el agresivo, MAÑALICH. *Normas permisivas. Op. cit.* en n. 92, pp. 259-260, nota al pie 187 y EL MISMO. *El estado de necesidad exculpante. Op. cit.* en n. 193, p. 733, cuando al aludir al estándar de ponderación del estado de necesidad defensivo como una inversión del estándar del agresivo sostiene que “de ello depende... que el juego recíproco de las causas de justificación correspondientes a las situaciones de estado de necesidad agresivo y de estado de necesidad defensivo dé lugar a una fundamentación óptima de los deberes de tolerancia que las respectivas normas permisivas imponen para el titular del bien menoscabado por la correspondiente acción de salvaguarda, en cada caso”. A modo de ejemplo, supóngase que una piedra se encuentra cayendo rápidamente sobre la superficie. La única forma que tiene el sujeto C de evitar una muerte segura debido al impacto de la piedra sobre su cabeza es interponer al tercero D entre él y la referida piedra. El sujeto D solo resultará con una fractura de cráneo, pero malamente podría morir puesto que su cabeza cuenta con un reforzamiento de una placa de titanio, debido a una intervención quirúrgica anterior al desencadenamiento de los hechos. ¿Puede C argüir un estado de necesidad agresivo para salvaguardar su vida? Claramente no puede hacerlo, puesto que no se cumple con el estándar de la sustancial preponderancia (su vida no es esencialmente preponderante sobre la integridad física de D, ajeno al conflicto). Pero, si por algún motivo la tentativa de interposición del cuerpo de D por sobre el de C se debe a un déficit de responsabilidad en este último (por ejemplo, minoría de edad), el sujeto D podrá darle muerte por medio de un comportamiento justificado *sub specie* estado de necesidad defensivo para salvaguardar su bien jurídico – integridad física, por cuanto el mal causado (la muerte de C) es superior al que se evita (la fractura craneal de D), pero no lo es sustancialmente. De seguirse el estándar propuesto por Bascuñán, D no podría aducir estado de necesidad defensivo alguno, dado que el interés salvaguardado no sería equivalente al lesionado.

<sup>197</sup> Al respecto, MAÑALICH. *Normas permisivas. Op. cit.* en n. 92, pp. 257-258, quien afirma certeramente que “a diferencia de la norma permisiva del estado de necesidad agresivo, para cuya legitimación ha de invocarse un principio de solidaridad general, las normas permisivas de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo pueden ser legitimadas bajo un principio de autonomía (o “libertad negativa”), cuyo alcance puede verse limitado por un principio de solidaridad”. En forma representativa, y específicamente acerca de la función limitadora que el principio de solidaridad juega en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo, véase BALDÓ. *Op. Cit.* en n. 96, pp. 47 y ss., 74 y ss., para quien el principio de solidaridad que tiene lugar en situaciones de legítima defensa (*principio de solidaridad mínima*) es distinto del que opera en hipótesis de estado de necesidad defensivo (*principio de solidaridad general intersubjetiva*), pues si bien ambos tienen una función limitadora, el primero tiene una menor intensidad que el segundo, atendido que no se puede reclamar el mismo nivel de solidaridad en favor del sujeto plenamente competente por la generación del conflicto que respecto del preferentemente competente. Véase también WILENMANN. *El sistema de derechos de necesidad. Op. cit.* en n. 132, pp. 8 y ss., pp. 22 y ss.

preponderancia”, de modo que el necesitado no podrá, con su actuar defensivo, causar un mal sustancialmente mayor a aquel que se evita (es decir, podrá causar un mal mayor, pero no sustancialmente superior al que se pretende evitar). Esta limitación no es más que el reconocimiento de la falta de plena competencia de parte de un sujeto en la generación del peligro que intenta ser repelido vía estado de necesidad defensivo.

Para una comprobación empírica de lo sostenido en el párrafo anterior es necesario trabajar con un ejemplo. Supongamos la situación propia del ejemplo propuesto por Robert Nozick<sup>198</sup>:

### El hombre en el pozo

Un sujeto A yace en el fondo de un pozo con una pistola láser desintegradora, mientras un sujeto B resbala a la altura del suelo y cae en el pozo. La única forma para A de impedir su muerte es disparándole con su pistola a B, quien inevitablemente morirá producto del impacto del láser correspondiente.

En este caso, es patente que se dan todos los requisitos para que A pueda aducir un estado de necesidad defensivo (a la Bascuñán) para eximirse de responsabilidad penal por la muerte de B. En efecto, existe un peligro actual para la vida de A en el cual B se encuentra involucrado por el acometimiento de su cuerpo, de modo que puede afirmarse que el peligro es susceptible de ser reconducido a la esfera de organización de B, a pesar de su incapacidad de acción (en palabras de Bascuñán, “el afectado por la reacción defensiva no es ajeno a la creación del peligro”<sup>199</sup>). Así, y dado que en este caso se observa un conflicto de vida contra vida, Bascuñán no dudaría en afirmar la procedencia de un estado de necesidad defensivo para salvaguardar la vida de A.

---

<sup>198</sup> Véase NOZICK. *Op. cit.* en n. 173, p. 46. Si bien el autor denomina a este caso como “Amenaza inocente”, se ha omitido llamarlo así para evitar confusiones con el caso propuesto anteriormente por Thomson.

<sup>199</sup> BASCUÑÁN. *La licitud del aborto. Op. cit.* en n. 89, p. 173.

Sin embargo, ¿qué sucedería si uno de los bienes jurídicos en juego no fuese la vida, sino la integridad corporal?

**1ra variante:** Mismas condiciones que el caso anterior, pero B es una persona de baja estatura y de contextura delgada, de modo que su caída sobre A no le causaría su muerte, sino la fractura de su fémur.

En esta hipótesis, y dado que el bien jurídico que se pretende proteger por medio de la acción defensiva no es la vida, sino la integridad física, para Bascuñán no sería aplicable el estado de necesidad defensivo, lo cual no puede sino ser inconcebible, puesto que una solución que no admitiere esta justificante como aplicable al caso propuesto conllevaría a una inadecuada distribución de los costos o cargas de la situación de conflicto (A debería dejar que B le fracture el fémur con su caída o, si lo mata utilizando la pistola láser podría argüirse una causa de exculpación, pero a su vez debería afirmarse la antijuridicidad de la conducta y por ende la procedencia de responsabilidad civil, entre otras consecuencias jurídicas<sup>200</sup>).

Supongamos ahora la siguiente variante del caso de Nozick:

**2da variante:** La caída de B en el pozo no implicaría la muerte o un perjuicio a la salud de A, sino que, con la caída, B pasará a llevar una feble escalera hecha con cuerda y peldaños de madera que permitirá que A escape del pozo. Su destrucción conllevará que A tenga que pasar el resto de sus días en el mencionado pozo, lo que se constituiría en (al menos) un grave atentado a su libertad ambulatoria.

¿Puede A aducir un estado de necesidad defensivo para matar a B e impedir la destrucción de la escalera? A esta altura parece evidente que para Bascuñán no podría darse tal posibilidad.

Con los ejemplos dados, es patente que el estándar de proporcionalidad del estado de necesidad defensivo propugnado por Bascuñán, a saber, la equivalencia de los intereses en juego, es totalmente contraria a una justa distribución de las cargas en una situación de conflicto, que es justamente lo que se pretende resguardar con el

---

<sup>200</sup> Para mayor profundidad acerca de las diferencias dogmáticamente relevantes entre causas de justificación y de exculpación, véase HRUSCHKA. *Op. cit.* en n. 102, pp. 103-118.

estado de necesidad defensivo. En efecto, de seguirse el estándar de Bascuñán, el sujeto A deberá acarrear con todas las consecuencias del conflicto en las variantes del caso de Nozick, siendo que es B quien está involucrado en la situación de conflicto y de hecho, quien la genera. En cambio, el estándar de proporcionalidad propuesto le otorga a A un mayor margen de actuación en salvaguarda de sus bienes jurídicos, así como también cautela los bienes jurídicos de B al impedir que A aduzca la salvaguarda de intereses jurídicos que dadas las circunstancias aparecen como nimios al lado de la vida de B (por ejemplo, le estaría vedado a A matar a B con la pistola argumentando que se vería restringida su libertad de movimiento al interior del pozo con la presencia de B, suponiendo que el pozo es lo suficientemente grande como para que B no caiga sobre A y que B no moriría con la caída).

Así, el estado de necesidad defensivo, dado su estándar de ponderación, no salvaguarda solamente la vida del sujeto que actúa justificadamente, sino que puede dar lugar a acciones defensivas que protejan bienes jurídicos tales como la integridad corporal y la libertad personal, siempre que se cumpla con la cláusula restrictiva de “sustancial preponderancia”, a saber, que el mal causado no puede ser sustancialmente superior al evitado. En consecuencia, y dado que el estado de necesidad defensivo es una causa de justificación aplicable a todo tipo de casos, incluyendo al aborto, es que en hipótesis abortivas puede considerarse la aplicabilidad de un estado de necesidad defensivo cuando la permanencia del feto en el vientre de la madre implique un atentado a su integridad y a su libertad, comprendiéndose en esta última su autonomía reproductiva. Ahora bien, el análisis casuístico que implica evaluar si en cada caso particular se da cumplimiento al estándar de proporcionalidad de la justificante debe ser dejado al adjudicador.

Tal como se vio anteriormente, tanto Jakobs como Baldó, Pawlik y Coca Vila son partidarios de la idea de que el estándar de ponderación del estado de necesidad defensivo representa una inversión del estándar propio del estado de necesidad agresivo y por ende, en palabras de este último “las situaciones de estado de necesidad defensivo se vinculan al baremo de medición del interés salvaguardado no

excesivamente desproporcionado con el causado”<sup>201</sup>. Sin embargo, el análisis respecto a la utilización de este estándar (y no de uno a la Bascuñán) por parte de estos autores debe ser relacionado con las condiciones de procedencia del estado de necesidad defensivo a partir de la atribución del peligro a la esfera jurídica de quien aparece como su creador. Y es que es menester recordar que estos autores exigen que el peligro generado no esté meramente conectado de forma fáctica con el sujeto en cuestión. Es decir, requieren imputación (ya sea objetiva o subjetiva, dependiendo del autor) y, en consecuencia, rechazan la teoría del involucramiento como fundamento de vinculación de un peligro con la esfera de organización de un individuo determinado. Enseguida, uno podría sostener que el estándar de ponderación esgrimido por estos autores (que es más laxo en cuanto a facultades otorgadas a quien actúa defensivamente) está en estrecha relación con sus exigencias de procedencia del estado de necesidad defensivo, de modo que al exigir un comportamiento generador de peligro imputable a un agente, le otorgan al necesitado mayores prerrogativas para su defensa. Así, a mayor imputabilidad de la generación del peligro, mayores facultades debe otorgar el estándar de proporcionalidad, mientras que a menor conexión con el peligro, el estándar se ve restringido en sus concesiones (llegando a permitir sólo una equivalencia entre mal causado y evitado).

Sin embargo, el argumento pretérito es falaz. La teoría del involucramiento – defendida en este trabajo – no obsta a sostener que el estándar de ponderación aplicable al estado de necesidad defensivo sea aquel que permite una causación de daños no – desproporcionada. Sostener lo contrario implicaría desconocer el carácter deóntico de la teoría del involucramiento como definitoria de la sustancia del estado de necesidad defensivo, a saber, la búsqueda de una equitativa distribución de cargas entre los involucrados en una situación de conflicto. En este sentido, el gran error de estos autores es relacionar la adscripción de responsabilidad con la distribución de cargas propia de la situación de conflicto. Esto queda reflejado en el caso del camarero propuesto por Coca Vila<sup>202</sup>:

---

<sup>201</sup> COCA VILA. *Op. cit.* en n. 96, p. 29.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 32.

## El camarero-testigo

Un camarero X observa cómo un conductor Y se ha desmayado al volante y se dispone a atropellar al peatón Z.

El autor afirma que Y es tan ajeno al conflicto como X y posteriormente sostiene que “decir que en estos casos tenemos un sujeto competente de forma preferente – aunque sea parcialmente preferente – implica elevar lo meramente factual o la desgracia a factores de atribución de responsabilidad”<sup>203</sup>. Con esto, el autor (así como los otros tres) desconoce el nuevo núcleo de responsabilidad consistente en la responsabilidad por el propio cuerpo como una faceta distinta a la responsabilidad por acciones libremente queridas y por el carácter (a la Cohen), y cuya relevancia radica en la adecuada distribución de cargas y no en la constatación de elementos de responsabilidad en los sujetos que sufren el embate de la acción defensiva. Así, vincular el estándar de ponderación propio del estado de necesidad defensivo con la conexión del sujeto a la generación del peligro implica desconocer la independencia entre la distribución de cargas y los factores de atribución de responsabilidad. De este modo, en el caso propuesto por Coca Vila, cabe afirmar la posibilidad de actuar vía estado de necesidad defensivo por parte del peatón Z si es que (por ejemplo) verá lesionada gravemente su integridad física, aun cuando ello implicare la muerte del conductor, quien se ha visto involucrado (aunque no sea de forma imputable) en la creación del peligro. La afirmación del involucramiento de Y o de su competencia preferente no conlleva, como sostiene Coca Vila, a atribuirle responsabilidad, puesto que ésta está excluida dada su incapacidad de acción.

Por su parte, María Magdalena Ossandón afirma, como lo hace Bascuñán, que el estado de necesidad defensivo exige una equivalencia de los intereses en conflicto. Lo peculiar de su posición radica en que esta autora no se contenta con una vinculación fáctica entre la generación del peligro y el sujeto del cual éste emana, sino que requiere que el peligro sea susceptible de ser imputado al sujeto que lo generó. Con esto, su postura se afirma como doblemente restrictiva y por ende es susceptible

---

<sup>203</sup> *Ibid.*

de ser refutada con aún más ahínco por los argumentos vertidos anteriormente a lo largo de este trabajo<sup>204</sup>.

Por otro lado, y de forma correcta, Luzón Peña sostiene que en el Derecho Español es posible reconocer al estado de necesidad defensivo como una causa de justificación supralegal por analogía con la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo, y en consecuencia, por provenir el peligro desde el sujeto que soportará la reacción defensiva será posible causar un mal mayor que el que amenaza (similitud con la legítima defensa), pero por no constituir el peligro generado una agresión ilegítima se requiere de cierta proporcionalidad entre males (similitud con el estado de necesidad agresivo), de modo que el mal causado puede ser mayor al evitado, aunque no desproporcionadamente mayor<sup>205</sup>. Asimismo, sostiene que “esta causa de justificación será aplicable frente a peligros provenientes de cosas o animales, o de movimientos humanos que no sean una acción”<sup>206</sup>, recogiendo implícitamente la teoría del involucramiento como marco explicativo de la conexión entre la generación del peligro y el sujeto que sufrirá el menoscabo de sus bienes jurídicos por la acción defensiva.

Así, y a modo de conclusión, se debe afirmar que el estándar de ponderación propio del estado de necesidad defensivo se satisface no sólo con una equivalencia de los intereses en conflicto (en términos negativos, de los males causados) sino que el mal causado puede ser superior, aunque no desproporcionadamente, al que se evita. Con esto, es correcto afirmar que el mal causado por la desconexión de A respecto de V (a saber, la muerte de éste último) es superior, pero no sustancialmente, al mal evitado que la referida acción busca precaver (la lesión a la integridad física, a la libertad ambulatoria y a la libertad de disposición sobre el propio cuerpo de A).

---

<sup>204</sup> Al respecto OSSANDÓN. *Op. cit.* en n. 54, pp. 342 y ss.

<sup>205</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. 1996. Curso de Derecho Penal: Parte General. Madrid. Editorial Universitas. p. 633.

<sup>206</sup> *Ibid.*

### 4.3. Estado de necesidad agresivo

Para una adecuada comprensión de la sistemática de las normas permisivas<sup>207</sup>, y a pesar de que en la sección precedente se ha argumentado en favor de un estado de necesidad defensivo - comprensivo de la teoría del involucramiento - como la categoría jurídico-penal que A puede aducir para desconectarse de V, resulta necesario examinar brevemente el rendimiento justificante que tendría en el caso del violinista un estado de necesidad agresivo.

En primer lugar, y tal como se esbozó en el párrafo anterior, la posibilidad de que la desconexión de A respecto de V esté justificada *sub specie* estado de necesidad agresivo debe ser descartada de plano en atención a los argumentos vertidos a lo largo de este trabajo: V no puede reclamar que es un tercero ajeno a la generación del peligro (un “espectador”), puesto que se encuentra involucrado con un aspecto de su esfera organizativa (su cuerpo) en una situación lesiva de los bienes jurídicos de un tercero, de manera que falla el presupuesto esencial para la aplicación de un estado de necesidad agresivo.

Como segundo argumento (en caso de rechazarse la teoría del involucramiento como definitoria del estado de necesidad defensivo), puede sostenerse que, si bien el párrafo 34 del Código Penal Alemán exige que la ponderación sea entre intereses – siendo la ponderación entre bienes jurídicos sólo un elemento más de ponderación<sup>208</sup>–, no podemos olvidar la jerarquía que tiene la vida en la escala de relevancia de bienes jurídicos. Es tan relevante que incluso el ordenamiento jurídico alemán establece que el matar a otro, aún a requerimiento del occiso, dará lugar a

---

<sup>207</sup> En efecto, se ha optado por analizar la plausibilidad de la aplicabilidad de un estado de necesidad agresivo una vez que ya se ha expuesto acerca de la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo, toda vez que, como se ha mencionado anteriormente (n. 197), estas comparten sus principios legitimadores: el principio de autonomía o responsabilidad por organización y un principio de solidaridad (como limitante). Así es como el principio de solidaridad en las hipótesis de estado de necesidad defensivo no resulta relevante para fundamentar el establecimiento institucional de la justificante en cuestión (como sucede con el estado de necesidad agresivo), sino como una limitación en su aplicación, expresada en su baremo de ponderación, y que guarda directa relación con la falta de plena competencia por la generación del peligro en el agente creador del conflicto, el cual puede reclamar un grado de solidaridad en la acción defensiva. Es en este sentido que PAWLIK. *Op. cit.* en n. 96, p. 15, afirma que “el estado de necesidad defensivo se encuentra mucho más cerca de la legítima defensa que del estado de necesidad agresivo”. Véase también la bibliografía mencionada en la n. 197.

<sup>208</sup> Véase las referencias bibliográficas de la n. 98.



punibilidad (aunque disminuida respecto del tipo de homicidio simple)<sup>209</sup>. Así, dada la diferencia de valor entre los bienes jurídicos en juego puede afirmarse que el resultado de la ponderación es equívoco, y por ende debe negarse la justificación.

---

<sup>209</sup> A mayor abundamiento, véase KINDHÄUSER. *Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento*. *Op. cit.* en n. 86, pp. 13-38.

### III.- OBJECIONES A LA PLAUSIBILIDAD DEL ABORTO CONSENTIDO

#### 1. El caso del violinista y el aborto: Feinberg vs. Thomson

En su ensayo sobre el aborto<sup>210</sup>, Joel Feinberg intenta buscar una justificación al aborto partiendo de la misma premisa (no compartida por ambos) desde la cual lo hace Thomson: que el feto es una persona desde el momento de la concepción. Sin embargo, no logra encontrar una justificación al aborto para todo evento. En primer lugar (y tras descartar que el aborto pudiese estar fundado en un derecho de propiedad de la madre por sobre el feto y/o su útero<sup>211</sup>), sostiene que un derecho al aborto fundado en la defensa propia<sup>212</sup> (entiéndase en términos amplios) sólo puede dar lugar a una acción abortiva si es que la existencia del feto representa una amenaza para la vida de la madre. En este sentido, para Feinberg es relevante el hecho de que el feto, dada su incapacidad de acción, no puede ser considerado un agresor propiamente tal<sup>213</sup>. Para ilustrar la situación, utiliza el siguiente ejemplo de Thomson:

---

<sup>210</sup> Véase FEINBERG. *Op. cit.* en n. 15.

<sup>211</sup> *Ibid.*, pp. 58-60. En resumidas cuentas, el autor sostiene que no puede considerarse al feto simplemente como una parte más del cuerpo de la embarazada, tal como lo sería un órgano o un tumor. Asimismo, sostiene que si el feto fuese propiedad de la madre, no habría nada extraño en la realización de actos jurídico - civiles que tengan como objeto al *nasciturus*, tales como la venta y el arriendo del mismo, cuestión que es altamente contra intuitiva y contraria al común pensamiento de la sociedad. Además, afirma que la consideración de un derecho de propiedad de la mujer sobre su cuerpo (y en consecuencia la posibilidad de decidir si quiere a un feto alojado en su útero o no) falla desde un inicio por cuanto no puede considerarse que el derecho de propiedad sobre el propio cuerpo es análogo al que tenemos respecto de objetos inanimados (en efecto, ¿en qué medida puede uno vender su propio cuerpo sin venderse a-uno-mismo?). Por último, el autor sostiene que (i) considerar al feto como objeto de dominio contraviene la premisa sobre la cual desarrolla su argumento, cual es, que el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción y (ii) la reivindicación de un derecho de dominio de la madre sobre su cuerpo en ningún caso podrá justificar la muerte de una persona inocente (siguiendo con la premisa utilizada), atendida la primacía que tiene el derecho a la vida por sobre la propiedad.

<sup>212</sup> *Ibid.*, pp. 60-64.

<sup>213</sup> *Ibid.*, pp. 63-64.

## El bebé acoplado<sup>214</sup>

Un agresor conduce un camión hacia una persona X con un bebé acoplado en la parte delantera del vehículo. X cuenta con una pistola anti-tanques, la cual, de ser usada, matará no solo al agresor, sino también al bebé.

¿Puede X utilizar su pistola anti – tanques para volar al agresor y, de paso, al bebé? Para Feinberg, sí puede hacerlo, de modo que la muerte del bebé se encontraría justificada y no sólo exculpada. Así, de manera análoga y tal como se anticipó, la madre puede matar al feto en defensa propia sólo si es una amenaza para su vida.

En segundo lugar, Feinberg explora el argumento de la autonomía corporal de la mujer como un fundamento para la plausibilidad del aborto<sup>215</sup>. Para ello, utiliza el caso del violinista como un caso más cercano a la realidad del embarazo, puesto que en él se prescinde de la participación de algún agresor (como el conductor del camión en el ejemplo anterior). Si Thomson tiene éxito con su nuevo ejemplo, afirma Feinberg, estaríamos en presencia de un fundamento del aborto para casos en los que se afecten bienes jurídicos menos relevantes que la vida o la integridad física de la madre, a saber, la libertad. Sin embargo, Feinberg concluye que en el caso del violinista A puede desconectarse de V puesto que ningún sujeto está obligado a poner sus bienes jurídicos a disposición de la vida o integridad de un tercero desconocido. Ahora bien, ¿puede predicarse lo mismo en el caso del embarazo? ¿Son la madre y el feto sujetos desconocidos, sin relación alguna? Feinberg sigue desnudando falencias del ejemplo de Thomson y sostiene que la principal radica en que el caso del violinista sólo justifica abortos cuando la madre no tiene responsabilidad en la creación del feto, por ejemplo, en casos de violación. Así, según Feinberg, Thomson falla en el intento de establecer una justificación de carácter amplio para el aborto basado en la autonomía y la libertad de la madre.

A pesar de que las críticas de Feinberg pueden parecer adecuadas, hay que tratarlas con cautela. En virtud de la premisa a partir de la cual se construye el

---

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 64 y ss.

argumento – que el feto es una persona – uno podría decir que el deber de garante que tiene la madre por sobre un hijo nacido es exactamente el mismo que tiene sobre su hijo no nacido (puesto que ambos son sus hijos y son personas que pueden ejercer derechos, independiente del hecho de encontrarse en el vientre materno). Sin embargo, uno puede preguntarse ¿es realmente el feto un hijo de la madre? ¿Cuándo se adquiere el estatus de hijo? A pesar de que este no es el espacio para responder estas preguntas, cabe destacar que el mismo Feinberg reconoce que la relación de una madre con el feto está ubicada entre una relación entre 2 extraños y una relación de parentesco, con inclinación a esta última. Y esto, sin duda, no alcanza para sostener que la madre es garante del feto<sup>216</sup>.

Ahora bien, la crítica más relevante que Feinberg realiza al caso del violinista es que este no da cuenta de que la mujer sí tiene algo que ver en la creación de la situación de embarazo. Para elaborar su argumento, el autor menciona una serie de hipótesis gradualmente representativas de la responsabilidad que la cabría a la mujer en la generación de su estado de gravidez, y en consecuencia, del deber de llevarlo a término<sup>217</sup>:

1. Embarazo causado por violación;
2. Embarazo causado por una falla en el anticonceptivo, imputable a la farmacéutica;
3. Embarazo causado por falla en el anticonceptivo, en cuya caja se advertía una posibilidad de un 1% de error;
4. Embarazo causado por negligencia de la mujer, del hombre, o de ambos (descuido en el uso de los anticonceptivos, etc...);
5. Embarazo causado por negligencia grave por parte de la mujer, del hombre, o ambos (por ejemplo, la pareja está consciente del riesgo pero se deja llevar por la pasión del momento);
6. Embarazo originado por total indiferencia del hombre y la mujer en la causación del mismo;

---

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>217</sup> *Ibid.*, pp. 68-69.

## 7. Embarazo causado por la decisión deliberada de los padres de tener un hijo.

Así, para Feinberg, el caso del violinista sólo ilustra los casos en que la mujer no puede ser sindicada como responsable del embarazo, vale decir, los primeros tres. En todos los otros la mujer es responsable por el embarazo y por ende el derecho del feto a vivir prevalece sobre la autonomía de la mujer<sup>218</sup>. Cabe destacar que esta crítica adolece de varios defectos. En primer lugar, es un error por parte de Feinberg aludir a probabilidades estadísticas en la elaboración de su argumento. ¿Qué pasaría si la tasa de falla de un anticonceptivo es de 5%? ¿O de 10%? No está claro en qué punto el embarazo causado por una falla de un anticonceptivo con la advertencia mencionada es imputable a la madre o no. En segundo lugar, algunas de las 7 hipótesis consideradas por Feinberg contravienen el mandato de neutralidad del derecho, pues para el ordenamiento jurídico no es relevante si el embarazo fue deseado por los padres o si fue producto de su indiferencia. Lo único relevante debiese ser la voluntad de la madre de poner término a su embarazo, con prescindencia de si en algún minuto deseó el embarazo o si nunca lo quiso. Y la tercera y más importante aseveración en contra de las críticas formuladas por Feinberg es que el consentimiento de la mujer en la realización del coito no implica consentir en un eventual embarazo. Esto es retratado por Thomson en el ejemplo del ladrón que entra por una ventana, ya expuesto en el primer capítulo de este trabajo<sup>219</sup>: del hecho de abrir la ventana (análogamente, la realización del acto sexual) no se deduce consentimiento alguno de parte de la moradora para que el ladrón se quede en su casa (análogamente, el embarazo) por el mero hecho de que la mujer abrió la ventana sabiendo que en el barrio hay muchos robos. En este sentido, asevera Thomson “que tener derecho a la vida no garantiza que se tenga derecho a usar o a disponer de forma continua del cuerpo de otra persona, aunque se necesite para la vida misma”<sup>220</sup>. Es decir, el acto sexual (que crea

---

<sup>218</sup> En palabras del autor “*wether or not a woman has a duty to continue her pregnancy depends, at least in part, on how responsible she is for being pregnant in the first place, that is, on the extent to which her pregnancy is the consequence of her own voluntary actions*”. La traducción reza: “El que una mujer tenga o no un deber de continuar con su embarazo depende, al menos en parte, de qué tan responsable es ella por quedar embarazada, esto es, en la medida en que su embarazo sea consecuencia de su propia acción voluntaria”. *Ibid.*, p. 68.

<sup>219</sup> *Supra*, capítulo I, apartado 1.4 . El caso consistía en una mujer que, con el objeto de airear su casa, abre la ventana, entrando posteriormente un ladrón por ella.

<sup>220</sup> THOMSON. *Una defensa del aborto. Op. cit.* en n. 58, p. 20.

a un *nasciturus* que es titular de un derecho a la vida, según la premisa utilizada en el argumento) no otorga derecho al feto a utilizar el cuerpo de la madre sin su consentimiento.

## 2. ¿Posición de garante de la madre?

Sin perjuicio de la observación realizada al ensayo de Feinberg en el acápite anterior, corresponde en esta parte del trabajo analizar si en términos jurídicos puede afirmarse un deber de garante de la madre respecto del *nasciturus*.

La problemática de los deberes de garante ha sido tratada latamente por la doctrina<sup>221</sup>. En general, los tratadistas están contestes en que las posiciones de garante son aquellas categorías jurídico penales que permiten transformar un delito de comisión en uno de omisión impropia. Así, Jescheck y Weigend sostienen que “en el delito de omisión impropia el resultado típico es imputado al garante que no ha impedido el ocasionamiento de éste, como si él mismo lo hubiera provocado mediante un hacer positivo...el legislador ha equiparado expresamente la no evitación del resultado con su causación a través de una intervención activa”<sup>222</sup>. De este modo, los delitos de omisión impropia quedan configurados como aquellas omisiones establecidas en la ley en la forma de un delito de comisión que se generan por una infracción imputable del deber de garantía. Con esto, es patente que una de las principales funciones de las posiciones de garante es restringir el campo de susceptibles autores de un delito de omisión impropia, puesto que de lo contrario, todos y cada uno de nosotros seríamos responsables de la no evitación de la causación de la variada clase de delitos comisivos establecidos en la legislación penal.

Estas posiciones de garante, según una doctrina formal del deber jurídico, pueden derivar de la ley, el contrato, la asunción voluntaria, la estrecha comunidad de

---

<sup>221</sup> Representativamente, véase JAKOBS. *Apartado 29, el delito de omisión impropia*. *Op. cit.* en n. 94, pp. 950 y ss; KINDHÄUSER. *Comisión por omisión*, *Op. cit.* en n. 94 y JESCHECK, HANS HEINRICH y WEIGEND, THOMAS. 2002. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5° edición. Granada. Editorial Comares, pp. 644 y ss.

<sup>222</sup> JESCHECK Y WEIGEND, *Op. cit.*, pp. 654-655.

vida y la creación de un peligro. Por otro lado, una doctrina material del deber jurídico busca derivar las posiciones de garante a partir de ciertos principios de responsabilidad, lo que se materializa en la constatación de la existencia de deberes de garante en razón de organización y en razón de institución<sup>223</sup>(o en virtud de responsabilidad institucional).

Los deberes de garante por competencia organizativa<sup>224</sup>, a su vez, incluyen los denominados “deberes de relación” (deberes de aseguramiento frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales). Estos deberes “se refieren en principio...al *aseguramiento* de una fuente de peligro, es decir, el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos”<sup>225</sup> y aluden, por ejemplo, a la responsabilidad surgida de la conducción de vehículos motorizados. Por otro lado, la posición de garante por competencia organizativa incluye también como fuente de aquel al hacer precedente o injerencia (que para Jakobs puede incluirse en los deberes de relación), de modo que un sujeto es competente por la creación de riesgos generados por él mismo.

En segundo lugar, puede afirmarse la existencia de una posición de garante en razón de responsabilidad institucional<sup>226</sup>, en donde “se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo...Con ello, los deberes derivados de tales instituciones sólo pueden ser equivalentes a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias”<sup>227</sup>. Así, Jakobs enumera ciertas instituciones que dan cuenta de relaciones sociales respecto de las cuales no existe alternativa de organización alguna: la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad pública y el velar por la sujeción a la ley por parte de la administración del Estado.

---

<sup>223</sup> Véase KINDHAÜSER. *Comisión por omisión*. *Op. cit.* en n. 94, Capítulo III, apartado 1-a, acerca de las teorías sobre los deberes de garante.

<sup>224</sup> JAKOBS. *Apartado 29. El delito de omisión impropia*. *Op. cit.* en n. 94, pp. 972 y ss.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 973.

<sup>226</sup> *Ibid.*, pp. 993 y ss.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 994.

Ahora bien, cabe dilucidar si la madre es garante de la vida y en general del bienestar del *nasciturus* que alberga en su vientre, acorde a las fuentes de las posiciones de garante enunciadas precedentemente.

En primer lugar, ¿es la madre garante del feto por injerencia, es decir, por un hacer precedente consistente en el mantenimiento de una relación sexual? La respuesta no puede sino ser negativa, puesto que la acción precedente debe ser antijurídica, lo cual supone la creación de un riesgo mayor al marco establecido por el así llamado riesgo permitido. Con esto, no puede considerarse que una relación sexual consentida sea susceptible de ser calificada como un actuar precedente antijurídico. En este sentido, la mujer que mantiene una relación sexual que deviene posteriormente en un embarazo está en la misma posición que el dueño de una botillería que vende alcohol a sus clientes: ambos sujetos actúan dentro de los límites de un riesgo permitido, de modo que no puede calificarse su actuar precedente como antijurídico y en consecuencia como generador de deberes de garante por injerencia<sup>228</sup>.

En segundo lugar, existe un argumento categóricamente más fuerte que el anterior para afirmar que la madre no es garante por injerencia. Y es que un sujeto no puede ser garante si es que los efectos nocivos de su actuar precedente se radicarán en él mismo y no en un tercero. Esto queda claro cuando Jakobs alude a que los deberes de relación (que incluyen la injerencia) implican el control de una fuente de peligro de modo que desde la esfera de organización del sujeto en cuestión no se generen riesgos para **terceros**<sup>229</sup>. Asimismo, Roxin sostiene que “no hay posición de garante si el peligro provocado por la acción precedente radica únicamente en el ámbito de responsabilidad de quien provocó el peligro”<sup>230</sup>. En virtud de esta precisión, es que no es posible sostener que la embarazada (que, valga la redundancia, fue artífice de la situación de embarazo) sea garante del feto, por cuanto si lo fuera estaría

---

<sup>228</sup> Véase ROXIN, CLAUS. 2007. Injerencia e imputación objetiva. Revista Penal (19): pp. 152-161 y JESCHECK y WEIGEND. *Op. cit.* en n. 221, pp. 673-674. Esta idea es controvertida por JAKOBS, quien es partidario de que las acciones conforme a deber puedan constituirse como un hacer precedente generador de injerencia en virtud de un uso permitido de la libertad especial de acción que supera los límites de la libertad general de acción (*Ibid.*, p. 983).

<sup>229</sup> Así se vislumbra en JAKOBS; véase para ello la cita efectuada en n. 225.

<sup>230</sup> ROXIN. *Injerencia. Op. cit.*, en n. 228, p. 158.



siendo responsable por la vida de un organismo que al mismo tiempo se constituye como un peligro para su propia vida, salud y autonomía. Podría decirse entonces, que un sujeto no puede ser garante de un organismo o ente que pueda generar un peligro o lesionar al mismo sujeto cuya posición de garante se pretende afirmar.

En otro sentido, también cabe negar la posición de garante de la madre respecto del feto a partir de la noción de responsabilidad institucional. La construcción de una posición de esta índole a partir de la situación de embarazo sería una elaboración ad-hoc que escapa a todas las categorías jurídicas que han sido identificadas por la doctrina como fuente de un deber de garante, de manera que la afirmación de su procedencia entraría en serio conflicto con el principio de legalidad. Además, la sujeción de la madre a un deber de garante implicaría, en términos de Thomson, la asunción de parte de esta de la posición de “Buenos Samaritanos” (por oposición a la de “Samaritanos Mínimamente Decentes”), en virtud de la cual la madre debiese incluso dar su vida en aras de la supervivencia del feto<sup>231</sup>. Entonces, se observa una contradicción lógica: una madre garante (por responsabilidad institucional) de su hijo no está obligada a sacrificar su vida para salvar la de su hijo ya nacido, mientras que la embarazada sí lo estaría.

Tal vez con un ejemplo quedaría graficado de mejor manera lo absurdo de las consecuencias que el establecimiento de una posición de garante de la madre respecto al feto conllevaría:

#### La madre – garante

**1ra variante:** B, hijo de una madre A, se encuentra gravemente afectado por una enfermedad congénita a su corazón, siendo su madre la única persona que tiene un corazón compatible con el de su hijo.

---

<sup>231</sup> A mayor abundamiento, véase THOMSON. *Una defensa del aborto*. Op. cit. en n. 58, pp. 27 y ss. Resumidamente, (y a partir de un caso expuesto por la autora) puede decirse que la ley no puede exigir por parte de un sujeto A que intente impedir el homicidio de una persona B completamente desconocida para él, ni siquiera por medio de una acción tan básica como es dar aviso a la policía (es decir, no se puede obligar a un individuo a ser un “Samaritano Mínimamente Decente”). En cambio, a la mujer embarazada se le suele adscribir no solo la posición de “Samaritano Mínimamente Decente”, sino que la de “Buen Samaritano” respecto del feto que lleva en su interior.

**2da variante:** Un feto B', que crece en el vientre de una madre A', ha desarrollado un tumor que crece exponencialmente con el paso de los días, afectando gravemente la salud de su madre.

En la primera variante, si bien toda la doctrina estaría conteste en afirmar una posición de garante de A respecto de B, nadie afirmaría que la madre está jurídicamente compelida a donar su corazón (y por ende, morir) para asegurar la vida de su hijo, de modo que si no lo hiciera incurriría en un homicidio doloso en comisión por omisión. Sin embargo, los detractores del aborto afirmarían que no es posible para A' interrumpir derechamente el embarazo dando muerte al feto B' para así asegurar la continuidad de su existencia<sup>232</sup>, y si lo hiciera estaría infringiendo su deber de garante de forma activa. Esta disparidad de criterios explicita la desigualdad de trato que implicaría la asunción de un deber de garante por responsabilidad institucional de parte de la embarazada. Además, conlleva a una increíble paradoja: la posición de garante de A respecto de su hijo ya nacido B (y por ende, ya considerado civilmente como persona) sería en sus consecuencias menos intenso que el deber de garante de A' sobre el feto no nacido B', que no es jurídicamente persona y cuya titularidad de derechos es discutible desde un punto de vista moral.

En el ámbito nacional, una teoría que pretende adscribirle ciertos deberes a la embarazada es la sostenida por Javier Wilenmann<sup>233</sup>. En resumidas cuentas, el autor sostiene que “es indudable que desde el punto de vista del sistema del delito de aborto, el Código Penal reconoce lo que denominaré, imprecisamente, una posición de garante de parte de la mujer”<sup>234</sup>. Con la expresión “imprecisamente”, el autor pretende no otorgarle a la supuesta posición de garante de la embarazada el rol que juega esta categoría jurídico penal en el sistema de los delitos de comisión por omisión, sino que “lo que en este contexto se denomina posición de garante es simplemente la existencia

---

<sup>232</sup> Aunque sí estarían de acuerdo en que la muerte del feto puede ser un efecto colateral de un tratamiento para salvar la vida de la madre, según la doctrina del doble efecto. Acerca de esta elucubración dogmática, véase BASCUÑÁN. *La licitud del aborto. Op. cit.* en n. 89, pp. 159 y ss., y THOMSON. *Self defense. Op. cit.* en n. 159, pp. 292 y ss.

<sup>233</sup> Véase WILENMANN, JAVIER. 2013. El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Vol. 40 (1): 281-319.

<sup>234</sup> *Ibid.*, pp. 283-284.

de una posición especial del autor que justifica la imposición de deberes especiales”<sup>235</sup>. De este modo, en la situación de la mujer embarazada sería reconocible un “deber de solidaridad por necesidad”, por cuanto el mantenimiento del estado de gravidez es imprescindible para la supervivencia del feto. Así, estos deberes de solidaridad serían análogos a los deberes que fundan dos instituciones de necesidad en el Código Penal chileno, a saber, el estado de necesidad agresivo (art. 10 N° 7) y la omisión de socorro (art. 494 N° 14). Y dado que estas dos instituciones contemplan cláusulas de menoscabo a bienes jurídicos personalísimos (en el caso de la omisión de socorro la posibilidad de “detrimento propio” cancela el deber exigido por la norma, mientras que en el estado de necesidad agresivo el bien jurídico salvado debe de ser mayor entidad que el sacrificado, con lo cual se explica que en el ordenamiento jurídico chileno el bien de afectación sea únicamente la propiedad), el aborto sería atípico en los casos en los que la vida del feto implicara un peligro para la vida o salud de la madre<sup>236</sup>.

La supuesta gran ventaja de esta argumentación radica en que logra asimilar los deberes emanados de instituciones distintas, como lo son la omisión de auxilio y el estado de necesidad agresivo. En efecto, si bien en la primera se trata de un suceso jurídico penalmente relevante que se agota en la no realización de una acción exigida por la ley<sup>237</sup>(omisión propia) y en la segunda se trata de una causa de justificación, ambas categorías jurídico penales fundan su deber de solidaridad correlativo en una norma de comportamiento: el deber de auxilio emana de la norma de comportamiento subyacente a la omisión de socorro, mientras que el deber de tolerancia propio de la aplicabilidad de un estado de necesidad agresivo emana de una norma de prohibición o mandato que no se ve desplazada por la eximente en la situación justificante (el titular de los bienes jurídicos menoscabados por la acción defensiva debe tolerar el daño o la sustracción de su propiedad sin lesionar o coaccionar a quien actúa justificadamente, lo cual está basado en la norma prohibitiva de la causación de lesiones o coacciones)<sup>238</sup>. Sin embargo, el problema radica en que el argumento es inoperante en sus consecuencias, puesto que pretende afirmar una equivalencia entre

---

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 289.

<sup>236</sup> *Ibid.*, pp. 294 y ss., 305 y ss.

<sup>237</sup> JESCHECK y WEIGEND. *Op. cit.* en n. 221, p. 652.

<sup>238</sup> Véase *supra*, Capítulo II, apartado 3.

distintas normas de comportamiento jurídico penalmente reforzadas a partir de una mera constatación consistente en que tales deberes de solidaridad pueden ser derivados a partir de una norma de comportamiento. Así, en base a esta equivalencia, el autor hace análoga la situación del estado de necesidad agresivo y la de omisión de socorro con la del aborto tipificado en el art. 344 del Código Penal chileno en su hipótesis de “consentir” (supuesto que es calificado por el autor como un delito de omisión propia<sup>239</sup>), pero no reconoce que una elaboración de esta índole conllevaría a afirmar una congruencia de tales normas con cualesquiera otras que imponen deberes de solidaridad derivados de normas de comportamiento de delitos de omisión propia.

Además, los intereses jurídico - penalmente relevantes cautelados por cada institución son radicalmente distintos, puesto que mientras la omisión de socorro busca salvaguardar la integridad física y la vida de un ser humano ya nacido (y por ende inequívocamente persona, según la legislación civil) la prohibición del aborto en nuestro Código Penal busca salvaguardar la vida del *nasciturus*, e incluso, la moralidad pública y el orden de las familias (puesto que el delito de aborto se encuentra contemplado en el Código Penal chileno en el Título VII del Libro II correspondiente a “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”). Por otro lado, podría suceder que una acción justificada por estado de necesidad agresivo no busque cautelar un bien jurídico como la vida o la integridad física, sino uno como la libertad personal y la autonomía sexual, con lo cual también falla su equiparación al aborto del art. 344 y, eventualmente, a la omisión de socorro del art. 494 N° 14.

De este modo, es dable concluir que la equiparación que hace Wilenmann entre el aborto consentido por la mujer / la omisión de socorro y el estado de necesidad agresivo es enteramente arbitraria. Muestra de esto es también la equiparación realizada entre la cláusula de detrimento propio del art. 494 N° 14, la cláusula de proporcionalidad del estado de necesidad agresivo y las situaciones en las que el aborto sería, según él, atípico (cuando la situación de embarazo representa un grave peligro para la vida y la salud de la madre, es decir, una especie de detrimento propio),

---

<sup>239</sup> WILENMANN. *El consentimiento de la mujer. Op. cit.* en n. 233, p. 305.

puesto que tal supuesta congruencia implicaría dejar fuera de los casos de atipicidad de la acción abortiva a aquellas fundadas en la inviabilidad del feto (conocida como “indicación embriopática”) y a aquellos casos en que la situación de embarazo es producto de una relación sexual no consentida por la mujer (regularmente en los casos de violación, lo que se conoce como “indicación ético-jurídica”<sup>240</sup>). La exclusión de estos dos supuestos que han sido tópicos de gran debate acerca de la procedencia del aborto consentido lícito es una muestra fehaciente de la inoperatividad de la tesis de Wilenmann para abarcar los casos en los cuales el embarazo vulnera la autonomía sexual y reproductiva de la mujer. ¿Y es que acaso una relación sexual no consentida no implica un detrimento propio para la mujer en atención a su autonomía sexual y reproductiva? A modo de conclusión, el autor afirma que “el tipo de deberes de solidaridad que puede ser justificado en un ordenamiento jurídico por necesidad, debe encontrarse siempre limitado a una cláusula de no eliminación de la posibilidad de desarrollo de la personalidad”<sup>241</sup>. El no suponer que un atentado distinto a la vida o a la integridad física implica también la eliminación de la posibilidad de desarrollo de la personalidad implica caer en un reduccionismo insostenible.

Así, si bien la hipótesis de “consentir” formulada en el art. 344 puede ser interpretada como un delito de omisión propia, su equiparación con instituciones como el estado de necesidad agresivo y la omisión de socorro es claramente infundada y no da cuenta de la problemática de la licitud del aborto consentido en su debida magnitud al excluir supuestos de afectación de la autonomía de la mujer, de modo que la justificación de una acción abortiva es enteramente independiente de la inocua relación que realiza Wilenmann entre distintos tipos legales.

De esta forma, y a modo de conclusión, puede sostenerse que la situación de la mujer embarazada no puede ser encasillada en prácticamente ninguna de las instituciones jurídico - penales tradicionales, y que tal intento de subsunción presenta elocuentes problemas tanto desde un punto de vista teórico como práctico. Es por esto que Undurraga sostiene satisfactoriamente que “un elemento que está siempre

---

<sup>240</sup> Acerca del sistema de indicaciones propuesto por BASCUÑÁN, véase *infra*, Capítulo IV, apartado 3.

<sup>241</sup> WILENMANN. *El consentimiento de la mujer*. *Op. cit.* en n. 233, p. 317.

presente en las sentencias constitucionales comparadas sobre aborto...es el reconocimiento del carácter único y especial de la situación de la mujer embarazada, en comparación con otras realidades y sujetos cuyas conductas son reguladas por el derecho”<sup>242</sup>, reconociendo el carácter *sui generis* del estado de embarazo y abogando por el otorgamiento de relevancia a esta situación al momento de deliberar en torno al conflicto de intereses propio de la problemática del aborto.

---

<sup>242</sup> UNDURRAGA. *Op. cit.* en n. 31, p. 218.

## IV.- EL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO EN EL DERECHO CHILENO

### 1. Análisis del art. 10 N° 11 del Código Penal chileno

En vista y consideración de lo expuesto, cabe dilucidar en torno a qué norma de nuestro ordenamiento jurídico penal ha girado el análisis respecto a una eventual consagración de la causa de justificación del estado de necesidad defensivo, que sería la solución al caso del violinista y, análogamente, la justificante que la mujer puede aducir, en ciertas situaciones, para poner término al estado de embarazo. Este análisis se ha realizado mayoritariamente en referencia al art. 10 N° 11 del Código Penal chileno, suscitando amplio debate en la doctrina respecto a su alcance y ámbito de aplicación.

El referido art. 10 N° 11 dispone lo siguiente:

*“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:*

*11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

*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.”*

Esta norma fue introducida el año 2010 por la ley N° 20.480 y tuvo como objetivo regular la situación de la víctima de violencia intrafamiliar que comete homicidio en

contra del agresor sin que concurren las circunstancias de la legítima defensa<sup>243</sup>. El problema es que no es claro si esta disposición comprende un estado de necesidad justificante (agresivo o defensivo), uno exculpante o si contiene las 2 categorías jurídico - penales. Para dilucidar aquello, se revisarán a continuación las variadas interpretaciones que la doctrina le ha dado a la norma en comento.

### **1.1. El artículo 10 N° 11 como norma comprensiva de un estado de necesidad justificante**

En este apartado, se revisarán las posiciones de diversos autores que adscriben a la idea de interpretar el referido art. 10 N° 11 como una norma que, en ciertos casos, habida consideración de sus requisitos de procedencia (y específicamente, su baremo de ponderación), abarcaría supuestos propios de un estado de necesidad justificante (sin descartar la posibilidad de interpretarla también como consagratória de un estado de necesidad exculpante, atendidas ciertas hipótesis que se pueden dar en virtud del mencionado baremo, tal como se expondrá a continuación).

En efecto, para Enrique Cury, participante de la Comisión Mixta que dio lugar a la creación de la referida norma, se trata de un estado de necesidad justificante y exculpante. Al respecto, sostiene que “desde luego, hay que partir de la base de que, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 10 N° 7, el estado de necesidad justificante del artículo 10 N° 11 procede cuando el mal que se causa para evitar el que amenaza lesiona en principio a un bien jurídico de cualquier naturaleza”<sup>244</sup>. Sin embargo, posteriormente afirma que “el estado de necesidad sólo es justificante en los casos en los cuales el mal que se evita es mayor que el que se causa”<sup>245</sup>. Con esto, Cury deja reservado los casos en que el mal causado es igual al evitado y aquellos en los que el mal causado es superior al evitado, pero no sustancialmente, al estado de necesidad

---

<sup>243</sup> Para mayor profundidad acerca de la génesis del art. 10 N° 11 del Código Penal, véase representativamente CURY, ENRIQUE. 2013. El estado de necesidad en el Código Penal Chileno. En: 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 Universidad de Chile, pp. 250-251 y VARGAS, TATIANA. 2013. ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11. En: Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago, Editorial Thomson Reuters. pp. 743-746.

<sup>244</sup> CURY. *Op. cit.*, p. 253.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 254.



exculpante. Es decir: la fórmula propia que se condice con el estándar de proporcionalidad exigido para el estado de necesidad defensivo es relevada al estatus de exculpación. Así, lo único innovador de esta disposición en lo referente a justificación, acorde con esta interpretación, es que amplía el campo de bienes jurídicos que son susceptibles de intervención vía estado de necesidad agresivo (ya no se restringiría sólo a bienes jurídicos patrimoniales, como en el art. 10 N°7). ¿Qué sucede entonces con el estado de necesidad defensivo? Si bien Cury reconoce su existencia, no le asigna mayor relevancia y al parecer lo releva de un tratamiento en el art. 10 N° 11. En el mismo orden de ideas se pronuncia Juan Domingo Acosta, sosteniendo que este artículo abarca un estado de necesidad justificante y exculpante, reservando para el primero sólo aquellos casos en que el mal evitado es mayor al causado<sup>246</sup>.

En un sentido similar, Tatiana Vargas afirma que, si bien en principio el art. 10 N° 11 expresa un estado de necesidad exculpante, “la mera declaración de propósitos del legislador ya se ha puesto en duda para determinar tal estado de necesidad exculpante: así como no se reflejó la preocupación por las reacciones de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, es posible que la concreción final de la norma tampoco logre consagrar un estado de necesidad exculpante”<sup>247</sup>. A partir de esto, y dado que la circunstancia tercera no excluiría la irrogación de males inferiores para evitar uno superior, es que el art. 10 N° 11 incluiría también un supuesto de estado de necesidad (agresivo)<sup>248</sup>.

## **1.2. El artículo 10 N° 11 como norma únicamente comprensiva de un estado de necesidad exculpante**

Lo sostenido en la sección anterior es vigorosamente criticado por Javier Wilenmann<sup>249</sup>. Este autor sostiene que la dogmática nacional acerca del

---

<sup>246</sup> Véase ACOSTA, JUAN DOMINGO. 2013. Artículo 10 N°s 7 y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación. *En*: Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago, Editorial Thomson Reuters. pp. 691-713.

<sup>247</sup> VARGAS. *Op. cit.* en n. 243, p. 757.

<sup>248</sup> *Ibid.*, pp. 760 y ss.

<sup>249</sup> Véase WILENMANN. *El fundamento del estado de necesidad justificante. Op. cit.* en n. 96, pp. 216 y ss.

reconocimiento del estado de necesidad no ha evolucionado a la par con el tratamiento que la doctrina extranjera (principalmente alemana) le ha dispensado a esta categoría jurídico penal. En ese sentido, y aludiendo directamente a la posición sustentada por Cury, sostiene que es erróneo fundamentar la distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante en un problema de apreciación comparativa de los intereses jurídico penalmente relevantes en juego, de manera que sería incorrecto afirmar “que en caso de preponderar los intereses salvaguardados, el hecho necesario estaría justificado, mientras que, ante igualdad de intereses o incluso cuando preponderan los intereses afectados, el hecho quedaría exculpado”<sup>250</sup>. En lo referente a la interpretación del problemático art. 10 N° 11, Wilenmann sostiene correctamente que, dado su baremo de ponderación, malamente podría considerársele como una norma basada en los mismos principios que inspiran la regulación jurídico – penal del estado de necesidad agresivo (para el autor, la solidaridad)<sup>251</sup>. Pero tampoco puede indubitadamente afirmarse que la norma recoge un estado de necesidad justificante defensivo o un estado de necesidad exculpante, puesto que “ni la característica fundamental central del estado de necesidad defensivo (la atribución de competencia respecto al peligro) ni la característica fundamental central del estado de necesidad exculpante (la fijación de criterios absolutos de inexigibilidad de cumplimiento de reglas) pueden encontrarse en el artículo 10 número 11 CP”<sup>252</sup>. Incluso el autor va más allá, afirmando que la sistemática de las condiciones de procedencia del art. 10 N° 11 son equivalentes a las del estado de necesidad agresivo (sin perjuicio de la mencionada diferencia entre sus principios subyacentes), de manera que en nuestro Código Penal se produciría una anomalía, consistente en la existencia de un estado de necesidad agresivo “estrecho” en el art. 10 N° 7 en contraposición al “amplio”

---

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>251</sup> Esto por cuanto es completamente implausible que el ordenamiento jurídico otorgue la atribución de lesionar bienes jurídicos de terceros ajenos a la situación de conflicto sin que el interés salvaguardado sea sustantivamente relevante por sobre el afectado. En lo concerniente a la discusión acerca de los principios que legitiman a la institución del estado de necesidad (agresivo) justificante, véase *Ibid.*, pp. 226 y ss., 234 y ss.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 218. Cabe destacar que, si bien en el cuerpo de su artículo Wilenmann no se inclina por alguna postura interpretativa, sí lo hace implícitamente en las notas al pie de página (n. 12 y n. 13, pp. 219 y 220 respectivamente) cuando señala como correctas las conclusiones de los autores que se expondrán en las siguientes páginas de este trabajo (Hernández y Mañalich).

contemplado en el art. 10 N° 11<sup>253</sup> (en aquellas hipótesis de preponderancia del mal evitado por sobre el causado).

En vista y consideración de este panorama, Wilenmann presenta y analiza las teorías que sirven como fundamento del estado de necesidad, en aras de facilitar la discusión acerca de las propuestas interpretativas del art. 10 N° 11 y, en general, de los diversos problemas que acarrea la configuración de los derechos de necesidad. La exposición de estos argumentos excede el propósito de este trabajo. Lo relevante es que si bien el autor parece no adoptar una posición definitiva acerca de la interpretación del art. 10 N°11, su argumentación da cuenta del déficit explicativo de las construcciones teóricas establecidas en el acápite precedente, lo que nos permite pasar a analizar aquellas teorías que postulan la posibilidad de considerar al art. 10 N° 11 como el reconocimiento positivo de un estado de necesidad exculpante.

Así, Héctor Hernández<sup>254</sup> afirma que el art. 10 N° 11 comprende sólo una causa de exculpación que abarca aquellas situaciones de necesidad en las que no se aprecia una grave conmoción anímica, como lo exige el art. 10 N° 9.<sup>255</sup> Sostiene además que no se trata de una causa de justificación, en virtud de la subsistencia del art. 10 N° 7, así como de las circunstancias 3ra y 4ta, puesto que a partir de la circunstancia tercera (y considerando la teoría de la diferenciación entre causas de justificación y de exculpación) se colige que no solo puede ocasionarse un mal menor al que se evita (hipótesis que se correspondería con el estándar propio de una causa de justificación<sup>256</sup> y que en el Código Penal chileno puede subsumirse en la justificante

---

<sup>253</sup> *Ibid.*, pp. 218-219. En efecto, las circunstancias 1ra y 3ra del art. 10 N°7 son prácticamente las mismas que las circunstancias 1ra y 2da del art. 10 N° 11.

<sup>254</sup> HERNÁNDEZ, HÉCTOR. 2011. Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y Jurisprudencia. Santiago. AbeledoPerrot Legal Publishing, pp. 267-275.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 270

<sup>256</sup> Por supuesto, esta afirmación se explica a partir del desconocimiento por parte de Hernández del estándar de ponderación (propuesto en este trabajo) propio de la causa de justificación del estado de necesidad defensivo, el cual no solo permitiría la irrogación de un mal menor al que se evita, sino que también la causación de un mal no-sustancialmente-superior al evitado. Con esto queda fehacientemente demostrado que la característica fundamental e inherente de un estado de necesidad exculpante no es su estándar de ponderación (que es compartido con el estado de necesidad defensivo), sino la inexigibilidad de una conducta conforme a derecho, atendidas las circunstancias específicas del caso concreto, cuestión que Hernández –a pesar de su error previo, ya explicitado – reconoce al deducir de la expresión “razonablemente exigido”, utilizada por el art. 10 N° 11, la alusión a la exigibilidad de otro comportamiento, la cual debe ser interpretada teniendo a la vista criterios objetivos de inexigibilidad (pp. 274-275). En contra de la interpretación de la noción de inexigibilidad como la mera

del art. 10 N° 7 en caso que el bien de afectación sea la propiedad<sup>257</sup>), sino que puede irrogarse un daño igual o no-sustancialmente-mayor al evitado, lo cual se condice con el estándar propio de la exculpación. Por otro lado, de la circunstancia cuarta se colige la idea de inexigibilidad que es característica de un estado de necesidad exculpante<sup>258</sup>.

Además, afirma Hernández que la regla se desentiende de su propósito original – esto es, dotar de una eximente a la víctima de violencia intrafamiliar – al exigir de actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar, puesto que no habrían razones para entender esta exigencia de un modo distinto a la legítima defensa o estado de necesidad. Así, si el mal es actual o inminente, no cabría argüir la eximente en comento, sino que la mujer o la víctima de violencia intrafamiliar podrían actuar en legítima defensa<sup>259</sup>. Ante esta crítica, Cury y Acosta sostienen que el requisito de inminencia del mal debe ser flexibilizado, e incluso puede tener un carácter permanente, lo que fundamentaría la introducción de esta disposición a propósito del delito de femicidio<sup>260</sup>.

Por último, Mañalich afirma tajantemente que estamos en presencia de un estado de necesidad exculpante<sup>261</sup>. En primer lugar, se debe barajar la posibilidad de que el artículo en cuestión incluya una justificante que no ha sido tratada por los autores anteriores, esto es, el estado de necesidad defensivo. Sin embargo, - y a pesar de que el estándar de ponderación del art. 10 N° 11 se condice con el de un estado de

---

imposibilidad de una alternativa de comportamiento consistente en la ejecución de la acción mandatada o la omisión de la acción prohibida véase MAÑALICH. *El estado de necesidad exculpante. Op. cit.* en n. 193, pp. 727-730, para quien la pregunta relevante es si se puede esperar del agente que se encuentra en la situación de necesidad una motivación leal a derecho.

<sup>257</sup> HERNÁNDEZ. *Op. cit.* en n. 254., pp. 270 y ss. El autor sostiene que “provocan dudas los casos en que se ocasiona un mal menor al evitado, pero fuera de los límites del N° 7, respecto de los cuales el argumento contra su carácter justificante solo descansa en lo que también podría ser mero descuido legislativo” (p. 270). Posteriormente, Hernández disipa esta duda afirmando que si la exculpación tiene lugar en casos de equivalencia de males, *a fortiori*, con mayor razón tendrá lugar en aquellos casos en que el bien de afectación es jerárquicamente menos relevante que el bien jurídico protegido con la acción exculpada (p. 273).

<sup>258</sup> *Ibid.*, pp. 274 y ss.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>260</sup> Véase CURY. *Op. cit.* en n. 243, pp. 259-260 y ACOSTA. *Op. cit.* en n. 246, p. 701.

<sup>261</sup> Véase MAÑALICH. *El estado de necesidad exculpante. Op. cit.* en n. 193, pp. 715-742.

necesidad defensivo<sup>262</sup> - descarta esta posibilidad por cuanto el artículo en cuestión no alude a la exigencia básica de un estado de necesidad defensivo, esto es, que el peligro provenga de la esfera de organización del sujeto que sufre la acción defensiva<sup>263</sup>. Desecha también la tesis consistente en que este artículo incluiría hipótesis de estado de necesidad agresivo en que se ven menoscabados bienes jurídicos no patrimoniales, puesto que “esto no sólo resultaría asistemático, sino que al mismo tiempo amenazaría con desdibujar los contornos de los deberes de tolerancia correlativos a los derechos de intervención sobre bienes jurídicos ajenos que resultan de la norma permisiva aplicable en situaciones de estado de necesidad agresivo...”<sup>264</sup>. Sería asistemático puesto que habría un estado de necesidad agresivo general en el art. 10 N° 11 y otro específico en el 10 N°7, siendo que el primero incluiría al segundo. En virtud de esto, los deberes de tolerancia se verían afectados puesto que una norma permisiva de estas características no sólo desplazaría la prohibición de dañar o hurtar una cosa ajena, sino cualquier otra cuyo desplazamiento podría resultar asistemático para el ordenamiento jurídico<sup>265</sup>. Además, el estándar de proporcionalidad no es el exigido por el estado de necesidad agresivo (que requiere una sustancial preponderancia entre el interés protegido y el afectado).

En virtud de los argumentos vertidos anteriormente, se debe negar el carácter justificante del art. 10 N° 11, de modo que sólo constituye un estado de necesidad exculpante. Así se deduce de la imposibilidad de interpretar esta norma como un estado de necesidad (justificante) agresivo o defensivo y por la noción de inexigibilidad

---

<sup>262</sup> Respecto a la manera en que puede explicarse el establecimiento de un mismo estándar de ponderación para el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad exculpante, véase *Ibid.*, pp. 732-734.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 719.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 720.

<sup>265</sup> El rechazo a una interpretación del art. 10 N° 11 como estado de necesidad justificante agresivo basado en una tergiversación de los deberes de tolerancia no debe ser considerado como un obstáculo a la construcción de una causa de justificación supra-legal, la cual siempre deberá ser construida acorde a los principios inmanentes del ordenamiento jurídico en cuestión. En efecto, la consideración del art. 10 N° 11 como una constelación de estado de necesidad agresivo amenaza con permitir asistemáticamente el desplazamiento de normas de comportamiento protectoras de bienes jurídicos cuyo menoscabo jamás podría darse aduciendo esta justificante, dado que el afectado por la acción justificada es un tercero totalmente ajeno a la situación de conflicto. Esta constatación adquiere mayor intensidad especialmente cuando se observa que el estándar de ponderación del artículo en cuestión no exige la sustancial preponderancia entre intereses en juego que es propia de un estado de necesidad agresivo.

de una motivación acorde a derecho introducida por la circunstancia cuarta. De esta forma, puede concluirse que el artículo en comento se trata de una regla de imputación en el nivel de la culpabilidad en virtud de la cual el intérprete debe preguntarse si puede predicarse de una actuación específica una expectativa de seguimiento de la norma, es decir, si su falta de seguimiento expresa un déficit de fidelidad al derecho o no.

## **2. La construcción supra-legal de un estado de necesidad defensivo**

En esta sección se analizará el tratamiento que la doctrina, tanto nacional como extranjera, ha otorgado a la posibilidad de construir una causa de justificación de manera supra-legal, lo cual adquiere especial relevancia habida consideración que en nuestro ordenamiento jurídico ninguna interpretación reconoce al estado de necesidad defensivo como una causa de justificación amparada positivamente.

### **2.1. Doctrina nacional**

En el medio chileno, la construcción de causas de justificación supralegales ha sido abordada, entre otros, por Antonio Bascuñán. En efecto, este autor alude a una utilización analógica por parte de cierta doctrina (específicamente, por Alfredo Etcheberry) del estado de necesidad del art. 10 N° 7 del Código Penal para fundamentar la causa de justificación contenida en el antiguo art. 119 del Código Sanitario<sup>266</sup>, que consagraba la posibilidad de interrumpir un embarazo con fines terapéuticos. Así, se utilizaba el art. 10 N° 7 para abarcar supuestos en los cuales el bien de afectación no era la propiedad<sup>267</sup>. Bascuñán repara correctamente en que esta tesis no identifica que el supuesto de estado de necesidad aplicable al embarazo no es el agresivo, sino el defensivo<sup>268</sup>, pero lo relevante es que ya en el ámbito del aborto existió un esfuerzo de parte de la doctrina de justificar la interrupción del embarazo fundamentando el antiguo art. 119 en una eximente no explícitamente reconocida en

---

<sup>266</sup> El texto del antiguo artículo 119 del Código Sanitario, previo a la modificación introducida por la ley N° 18.828, disponía que “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos – cirujanos”.

<sup>267</sup> BASCUÑÁN. *La licitud del aborto*. Op. cit. en n. 89, p. 149.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 151.

nuestro derecho. Por otro lado, Bascuñán sostiene que el estado de necesidad defensivo (independiente del alcance que le dé) puede ser obtenido a partir del art. 19 N°2 de la Constitución (igualdad ante la ley), pues “denegar a la mujer embarazada respecto del feto el derecho que tiene cualquier persona respecto de otra implicaría una discriminación arbitraria”<sup>269</sup>. Además, reconoce también la existencia de “indicaciones” fundamentadas en preceptos constitucionales que permiten justificar la interrupción del embarazo basado en un principio de autonomía de la mujer, incluso en situaciones que el estado de necesidad defensivo (según él) no contempla<sup>270</sup>. Así, estas argumentaciones dan pie para invocar la plausibilidad de la construcción supra-legal de una causa de justificación a partir de principios derivados de preceptos constitucionales.

## 2.2. Doctrina extranjera

La discusión acerca de la procedencia de causas de justificación supra – legalmente construidas evidentemente no se agota en la doctrina chilena. En efecto, diversos autores fuera del ámbito nacional han propugnado el reconocimiento de causas de justificación supra-legales. Es así como Diego Manuel Luzón Peña señala (como ya se mencionó anteriormente) que en el Derecho español es posible construir un estado de necesidad defensivo supra-legal (con las características defendidas en este trabajo) por analogía con la legítima defensa y con el estado de necesidad agresivo, y que es precisamente por encontrarse en el medio de estas dos causas de justificación que el estándar propio del estado de necesidad defensivo deberá ser aquel que permita la causación de un mal superior al evitado, pero no desproporcionadamente. Además, sostiene que “en Derecho Alemán, un amplio sector doctrinal admite esta causa de justificación de modo general por analogía con un supuesto particular, el de << defensa contra cosas >> previsto en el § 228 de su Código Civil (BGB)<sup>271</sup>”. Asimismo, Baldó señala que la consagración del estándar de ponderación propuesto para el estado de necesidad defensivo (como ya se expuso,

---

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>270</sup> *Ibid.*, pp. 173 y ss.

<sup>271</sup> LUZÓN PEÑA, *Op. cit.* en n. 205, p. 633.

<< interés lesionado no relevantemente superior al interés salvaguardado >><sup>272</sup>) “exigiría, en nuestro sistema normativo, que *parte* del contenido del estado de necesidad defensivo se configurase vía desarrollo continuador del Derecho *praeter legem*”<sup>273</sup>, solución que a Baldó le parece legítima por responder a los principios inspiradores del Derecho Penal Español y por no ser contraria al principio de legalidad<sup>274</sup>. Y esta propuesta no resulta atentatoria al principio de legalidad puesto que los principios legitimatorios de la potestad punitiva estatal fijan las condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de la pena, pero no para la absolución. En palabras de José Cerezo Mir, el principio de legalidad “afecta únicamente a la creación de figuras delictivas y al establecimiento o agravación de las penas”<sup>275</sup> y, en consecuencia, “sería perfectamente lícita la apreciación de causas de justificación por analogía, al tratarse de analogía *in bonam partem*, o incluso con base únicamente en los principios generales del Derecho (causas de justificación supraleales)”<sup>276</sup>.

Ahora bien, antes de analizar el rendimiento justificante del estado de necesidad defensivo con las características defendidas en este trabajo, es menester analizar la operatividad del estado de necesidad defensivo en el marco de una de las propuestas dadas por la doctrina nacional en pro de la despenalización parcial del aborto, esto es, el sistema de indicaciones propuesto por Bascuñán para la justificación de acciones abortivas.

---

<sup>272</sup> Véase *supra*, n. 193.

<sup>273</sup> BALDÓ. *Op. cit.* en n. 96, p. 144. Cabe mencionar que el autor considera que sólo *parte* del estado de necesidad defensivo debe construirse de forma supraleal, puesto que los casos en que el mal causado sea superior al evitado – pero no sustancialmente – no quedan comprendidos por el art. 8.7.1º del antiguo Código Penal Español. En efecto, el número 1º del art. 8.7 disponía que la lesión de un bien jurídico en estado de necesidad requería “que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”, disposición que, según Baldó, sólo comprende aquellos casos en que el mal causado sea menor o igual al mal evitado (p. 144, nota al pie 321). Cabe destacar que esta disposición fue íntegramente mantenida por el Código Penal Español de 1995, en su art. 20.5.1º, de modo que el análisis efectuado por el autor se mantiene incólume.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>275</sup> CEREZO MIR, JOSÉ. 1985. Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el derecho penal español. *En: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlín. Editorial Duncker & Humblot, p. 444.

<sup>276</sup> *Ibid.* Para mayor detalle acerca de la analogía *in bonam partem* véase MIR PUIG, SANTIAGO. 2011. Derecho Penal. Parte General. 9º edición. Barcelona. Editorial Reppertor, pp. 115-116, para quien el principio de legalidad “sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena si no lo prevé literalmente la ley” (p. 116).



### 3. El estado de necesidad defensivo y el sistema de indicaciones

En su artículo “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, Antonio Bascuñán propugna la consagración de un sistema de indicaciones como medio para excluir la ilicitud de la realización de un aborto consentido, acompañado del reconocimiento de la causa de justificación del estado de necesidad defensivo. El autor sostiene que el ordenamiento jurídico chileno ha cargado el conflicto de intereses propio de una situación de embarazo en contra de la mujer embarazada y por ende, a favor de la vida del *nasciturus*, con el establecimiento del actual art. 119 del Código Sanitario<sup>277</sup>. Es así como sostiene que “a partir de 1989, el legislador chileno ha pretendido sacrificar unilateralmente los intereses de la mujer – cualquiera sea su margen y grado – a favor de la vida del *nasciturus*. Esa exigibilidad absoluta del deber de tolerar un embarazo es manifiestamente inconstitucional”<sup>278</sup>, abogando por el mecanismo de las indicaciones para revertir esta ponderación contraria a los intereses de la mujer.

Como ya se mencionó anteriormente, Bascuñán aboga por el reconocimiento de un estado de necesidad defensivo a partir del art. 19 N° 2 de la Constitución, aplicable sólo en aquellos casos en que la muerte del feto sea el único medio para evitar un peligro actual o inminente para la vida de la mujer embarazada. En este sentido, Bascuñán señala que el estándar de ponderación propio del estado de necesidad defensivo se satisface siempre que el mal causado no sea superior al evitado. Es decir, se requiere equivalencia entre los males en cuestión<sup>279</sup>.

Fuera de los casos de peligro actual o inminente para la vida de la madre, entran en juego las indicaciones, como situaciones en las que el deber de tolerancia del embarazo requerido por el ordenamiento jurídico deja de ser exigible en virtud del

---

<sup>277</sup> La disposición actual de esta norma reza “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

<sup>278</sup> BASCUÑÁN. *La licitud del aborto*. Op. cit. en n. 89, p. 172.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 173.

reconocimiento del principio de autonomía de la mujer como condición de constreñimiento deontológico, que dispone que nadie está obligado a tolerar intervenciones de terceros en su propio cuerpo. Así, este principio buscaría salvaguardar la dignidad de la mujer, impidiendo que se le catalogue como un mero medio para lograr la supervivencia del feto<sup>280</sup>.

Las indicaciones propuestas por Bascuñán son (i) Terapéutica, que alude a los casos de afectación de la salud, integridad corporal o vida de la mujer distintos del peligro actual o inminente para su vida; (ii) Ético – jurídica, que hace referencia a aquellos casos en los que la concepción es producto de una acción no consentida por la mujer, siendo el caso emblemático los supuestos de violación; (iii) Embriopática, es decir, los casos de malformaciones congénitas del feto; (iv) Socio – económica, cuyo objeto es la interrupción del embarazo cuando el nacimiento del feto conlleva para la madre y para su círculo familiar graves consecuencias en su calidad de vida<sup>281</sup>.

Sin embargo, la propuesta de Bascuñán adolece de un grave defecto, puesto que no constata que el baremo de proporcionalidad propio del estado de necesidad defensivo no se agota con la equivalencia entre mal causado y evitado, sino que el mal causado puede ser superior al evitado, pero no sustancialmente<sup>282</sup>. En consecuencia, las hipótesis contempladas por cada una de las indicaciones propuestas por Bascuñán son susceptibles de ser incorporadas dentro del rango de situaciones de conflicto jurídico penalmente relevantes que contempla el estándar de ponderación propuesto y que es propio del estado de necesidad defensivo, de modo que esta causa de justificación, en su aplicabilidad a hipótesis abortivas, pasaría a ser un mecanismo jurídicamente útil para permitir la entrada del principio de autonomía reproductiva de la mujer al debate abortivo<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>281</sup> *Ibid.*, pp. 174-178.

<sup>282</sup> La refutación al baremo de ponderación propuesto por Bascuñán y el correlativo reconocimiento del estándar de ponderación propio del estado de necesidad defensivo se ha realizado en *supra*, Capítulo II, apartado 4.2.4.

<sup>283</sup> Otra crítica al sistema de indicaciones ha sido formulada por UNDURRAGA. *Op. cit.* en n. 31, pp. 240 y ss., 262 y ss., quien, a partir del análisis de dos sentencias del Tribunal Constitucional Alemán que se pronuncian sobre la constitucionalidad de leyes despenalizadoras del aborto, postula que el cambio de un sistema de indicaciones por uno de plazos implica que el Estado deja de ser el organismo encargado de determinar si la situación específica de una mujer embarazada es subsumible en el

Así, la inclusión de las indicaciones en el debate se torna en irrelevante, puesto que pueden ser incluidas en el estado de necesidad defensivo. Ahora bien, las distintas indicaciones resultan ser muy clarificadoras en lo que respecta a los intereses jurídico-penalmente relevantes que la embarazada puede aducir para la realización justificada de una acción abortiva. Es esta variable del sistema de indicaciones la que será utilizada para la elaboración del siguiente acápite de esta presentación.

#### **4. Análisis del rendimiento justificante del estado de necesidad defensivo en el ámbito del aborto**

A continuación, pasaré a exponer brevemente cómo opera la causa de justificación del estado de necesidad defensivo, comprensiva de los elementos desarrollados en este trabajo (especialmente, su estándar de ponderación y la teoría del involucramiento) en situaciones abortivas (sin perjuicio de su consideración como una justificante de aplicación general). Para ello, tal como se ha señalado, utilizaré a las distintas indicaciones como demostrativas de los intereses personalísimos de la mujer que, en un juicio de ponderación, deberán enfrentarse a la vida del *nasciturus* como bien jurídico protegido.

Antes bien, menester es reiterar una cuestión que ha sido tratada latamente en los capítulos anteriores de este trabajo: a pesar de su incapacidad de acción, el feto se encuentra involucrado en el origen del peligro que amenaza con menoscabar los

---

supuesto justificante de una indicación (contando, por ende, como un supuesto de inexigibilidad del deber de continuar con el embarazo), pasando a ser la mujer embarazada el único sujeto competente para realizar tal calificación, lo cual conlleva un reconocimiento (y fortalecimiento) de su dignidad y autonomía. Es así como “el argumento de la dignidad de la mujer asociado a su no instrumentalización para la procreación, tiene el potencial de arrasar con los límites propios de los sistemas de indicaciones” (p. 267), habida consideración que la gradación de supuestos de inexigibilidad propia de este sistema “es problemática, porque...hay otras situaciones de vida que pueden resultar más insoportables que las que el legislador reconoce en sus indicaciones” (p. 268). El hecho de que existan situaciones de inexigibilidad no contempladas por el legislador conlleva, según la autora, a una manipulación de las indicaciones vigentes para permitir la consideración de estas hipótesis, o derechamente, a una sustitución del sistema de indicaciones por un sistema de plazos, como demostración de la insuficiencia del Derecho para regular los casos de inexigibilidad del deber de continuar un embarazo. Para otra crítica al sistema de indicaciones, véase OSSANDÓN. *Op. cit.* en n. 54, pp. 357 y ss., con la advertencia de que en su argumento la autora considera que el feto es persona desde el momento de la concepción.

bienes jurídicos de su progenitora. El *nasciturus* se encuentra imbuido con su cuerpo en una situación lesiva de los intereses de un tercero, de manera que no puede aducirse que es ajeno a la situación de conflicto. Así, y dado que la conexión entre el individuo que sufre la reacción defensiva y el peligro generado por él se satisface con la noción de involucramiento, es que cabe incoar un estado de necesidad defensivo en contra del feto. Y si todo el análisis realizado en este trabajo ha girado en torno a la premisa (utilizada por los contrarios al aborto) consistente en que el feto es persona desde la concepción, *a fortiori*, con mayor razón podrá aducirse esta justificante contra individuos-no-personas, como lo es realmente el *nasciturus*.

Así (y ya aclarado lo anterior), en primer lugar, en los supuestos en que el embarazo suponga un peligro actual o inminente para la vida de la mujer no habría problemas en lo que a la aplicación del estado de necesidad defensivo respecta, puesto que en estos casos se trataría de la causación de un mal igual al que se quiere evitar con la acción defensiva (vida del feto contra vida de la madre).

En segundo lugar, tratándose de supuestos en los que ya no existe un peligro actual para la vida de la madre, sino un riesgo actual o inminente para su integridad física que podría incluso considerarse como un peligro futuro para su vida, tampoco habría problema alguno en afirmar la procedencia de un estado de necesidad defensivo por cuanto la integridad física es usualmente considerada como el bien jurídico que secunda en relevancia a la vida. En este sentido, es dable sostener que la causación de un mal que implique la muerte de un sujeto con el fin proteger la integridad física de otro estaría abarcada por el estándar de ponderación propuesto para el estado de necesidad defensivo, siempre que el menoscabo a la integridad física evitado con la acción defensiva sea de tal entidad que no sea sustancialmente menor al bien jurídico – vida, circunstancia que deberá valorar el juez al momento de la adjudicación.

Ahora bien, la discusión se torna más confusa cuando abandonamos el campo de afectación de la integridad física y se consideran otros intereses jurídicos que, en la ponderación, deberán enfrentarse a la vida del *nasciturus* como objeto de protección de la regulación jurídico – penal del aborto. El caso paradigmático corresponde a la

autonomía reproductiva de la mujer, entendida, como ya se sostuvo al principio de este trabajo, como la libertad de configuración de uno de los ámbitos más personalísimos de su vida privada, a saber, la decisión de cuántos hijos tener, de cuándo tenerlos y de elegir la etapa de la vida en que su integridad física y psíquica se verá sometida o intervenida por las cargas y vicisitudes que encarna el estado de gravidez<sup>284</sup>. ¿Puede el interés en la autonomía reproductiva de la mujer derrotar a la vida del *nasciturus* en el juicio de ponderación propio del estado de necesidad defensivo?

La respuesta es altamente dependiente del grado de afectación de la mencionada autonomía reproductiva de la mujer. En aquellos casos en los que la fecundación es producto de una relación sexual no consentida por la mujer (es decir, supuestos de violación) o por intervenciones de diversa especie no consentidas (por ejemplo, inoculación no consentida de embriones en el tracto vaginal de la mujer) la afectación de su autonomía reproductiva puede entenderse como superlativa, dado que “no es exigible el embarazo que es consecuencia del trato que se ha dado al cuerpo de la mujer como mero objeto”<sup>285</sup>. Negar la plausibilidad de un estado de necesidad defensivo en este caso supondría degradar a la mujer en su dignidad personal, teniéndola como mero instrumento para el mantenimiento de la vida del feto y para la satisfacción del placer de un tercero<sup>286</sup>.

Por su parte, Joel Feinberg señala que, en virtud del principio que establece que el grado de exigencia del deber de continuación del embarazo por parte de la mujer estriba en cuán responsable es ella por su situación de gravidez, el embarazo causado por acciones en las cuales no intercede de modo alguno la voluntad de la mujer (como la violación) corresponden a casos en los cuales es inequívoco afirmar su derecho a poner término al embarazo no consentido<sup>287</sup>. Así, en estos casos, la realización de un aborto con la consecuente muerte del feto se constituye – por lo bajo - en un mal no sustancialmente superior al evitado (consistente en la intensa afectación a la

---

<sup>284</sup> Véase las referencias bibliográficas realizadas en la n. 13.

<sup>285</sup> BASCUÑÁN. *La licitud del aborto*. *Op. cit.* en n. 89, p. 176.

<sup>286</sup> Acerca de la dignidad de la mujer como fundamento de la licitud del aborto consentido, véase *Ibid.*, pp. 173-174, 176, y más profundamente, UNDURRAGA. *Op. cit.* en n. 31, pp. 262-268.

<sup>287</sup> Véase FEINBERG. *Op. cit.* en n. 15, p. 68. En la misma línea, BASCUÑÁN. *La licitud del aborto*. *Op. cit.* en n. 89, p. 176.

autonomía de la mujer que una relación o intervención sexual no consentida supone, con el inherente menoscabo a su integridad psíquica y física que la continuación del embarazo en estas condiciones conlleva), de manera que la acción abortiva se encontrará justificada *sub specie* estado de necesidad defensivo.

Por otro lado, en lo concerniente a las hipótesis subsumibles en lo que Bascuñán llama “indicación socioeconómica”, cabe preguntarse qué situaciones pueden dar lugar a justificación vía estado de necesidad defensivo. Parece evidente que la situación en virtud de la cual una acción abortiva tiene más chances de ser calificada de justificada corresponde a aquella en que la mujer debe sustraerse del mundo laboral cuando es ella la que lleva el dinero al hogar para alimentar a sus restantes hijos. Otra situación podría ser aquella en la cual producto del embarazo no deseado la mujer deberá dejar sus estudios para cuidar del recién nacido, así como también la familia de la embarazada deberá destinar sus escasos recursos económicos para atender las necesidades del bebé en desmedro de sus otras necesidades vitales. Si bien no es la finalidad de este trabajo enumerar la multiplicidad de hipótesis en que un embarazo puede socavar la calidad de vida de la mujer y de su círculo familiar, sí vale la pena destacar que el estándar de ponderación propuesto permite la gradación de la afectación a la calidad de vida que un embarazo supone, de modo que aquellas afectaciones que puedan ser calificadas de intensas, pueden dar lugar a la realización de un aborto que se encuentre justificado *sub specie* estado de necesidad defensivo. En cambio, aquellas hipótesis en que el interés esgrimido por la mujer a favor del aborto aparezca como nimio al lado de la vida del *nasciturus* (por ejemplo, una mujer quiere abortar puesto que el embarazo le impide viajar en avión a unas playas paradisíacas para vacacionar) no pueden ser subsumidas en el estándar de ponderación propuesto, puesto que el mal causado (la muerte del feto) será sustancialmente superior al evitado (la imposibilidad de irse de vacaciones). Y esto es de vital importancia, puesto que la inaplicabilidad de un estado de necesidad defensivo en este ejemplo da cuenta de la perfecta congruencia entre la posición de Thomson y el estándar de ponderación propuesto para esta justificante, habida consideración que para esta autora existen casos en que la mujer tiene el *deber* de llevar a término el embarazo (sin perjuicio de que a partir de este deber no cabe deducir un *derecho* en

favor del *nasciturus*<sup>288</sup>). En efecto, esto es patente cuando Thomson plantea que “yo sostengo que el aborto es permisible, pero no sostengo que lo sea siempre. Puede haber casos en los que llevar el embarazo a término requiere sólo que la madre sea una Samaritana Mínimamente Decente, y no debemos estar por debajo de este criterio”<sup>289</sup>, para posteriormente afirmar que sería despreciable que una mujer solicitara un aborto – al séptimo mes de embarazo - por un motivo tan intrascendente como es posponer un viaje al extranjero<sup>290</sup>.

En otra arista, se encuentran los casos que Bascuñán denomina como “indicación embriopática”, es decir, aquellos en los que el feto presenta malformaciones congénitas. En estos supuestos, una acción abortiva se encontraría justificada vía estado de necesidad defensivo en atención a la grave afectación a la autonomía reproductiva de la mujer que la patología del feto conlleva (sin contar la afectación a la integridad psíquica de la embarazada, además de las perniciosas consecuencias que para su calidad de vida en términos humanos y económicos implicaría la manutención de un nacido con graves patologías). Si bien no es claro qué patologías específicas podrían satisfacer el estándar de ponderación, inclinándolo en favor de la madre, sí existe un supuesto en el cual dicha satisfacción tendría inequívocamente lugar: los casos en que la patología del feto implica su inviabilidad extrauterina, pues “la exigencia del deber de tolerar el embarazo en estos casos sólo puede basarse en una consideración del respeto por la vida del feto de carácter trascendente o sobrenatural, ajena a su concepción como un presupuesto de la autonomía (potencial) de un ser humano”<sup>291</sup>.

Con esto, he expuesto la manera en que la norma permisiva del estado de necesidad defensivo, definida en base a la teoría del involucramiento y atendiendo su estándar de ponderación, puede operar como causa de justificación de aplicación general y, específicamente, en el ámbito del aborto. Así, en este último campo, el principio de autonomía reproductiva de la mujer tendría una puerta de entrada en el

---

<sup>288</sup> Véase n. 65.

<sup>289</sup> THOMSON. *Una defensa del aborto*. Op. cit. en n. 58, p. 31.

<sup>290</sup> *Ibid.*

<sup>291</sup> BASCUÑÁN. *La licitud del aborto*. Op. cit. en n. 89, p. 177.

conflicto de intereses propio del aborto y podría tener el peso suficiente para, en ciertos casos, desplazar la aplicabilidad de las normas de comportamiento jurídico penalmente reforzadas tendientes a castigar la ejecución de acciones consentidas cuyo fin sea poner término al embarazo.



## CONCLUSIONES

A través de lo expuesto, es posible resumir las afirmaciones y análisis vertidos en esta memoria en las siguientes conclusiones, que, de forma sucesiva, dan cuenta del rendimiento de la causa de justificación del estado de necesidad defensivo (con las características aquí defendidas) cuando se trata de la interrupción de una situación de embarazo:

1. En la discusión moral, es altamente controvertido el estatus ontológico que reviste el *nasciturus*, es decir, se discute si se puede predicar que el feto es titular de un derecho moral a la vida. Quienes están a favor, sostienen que todo individuo de la especie humana debe ser considerado como persona (tesis *especista*), y, por ende, también al *nasciturus*. Por otro lado, quienes están en contra de adscribirle personalidad al feto arguyen que la calidad de persona sólo puede ser ostentada por individuos que posean ciertas características, ya sea la constatación de la existencia de intereses no – momentáneos en la propia supervivencia (Tooley) o la presencia de autoconsciencia, capacidad de proyección en el futuro, etc... (Feinberg).
2. Asimismo, en el plano jurídico, también resulta controvertido el estatuto del embrión ya implantado. Para algunos, a partir de las normas constitucionales y civiles pertinentes, debe considerársele como persona, con los mismos derechos que los seres humanos nacidos vivos. Por otro lado, otros autores son partidarios de negarle al feto el estatus de persona, atribuyéndole la calidad de objeto de protección constitucional.
3. Ahora bien, en el plano moral, Judith Jarvis Thomson ha planteado, mediante el célebre “Caso del Violinista”, que la adscripción de personalidad al feto (y por ende de un derecho a la vida) no es en absoluto obstáculo para calificar de permisible la causación deliberada y consentida de la muerte del feto.

4. Así, debe trasladarse una discusión que, en principio, pertenece al ámbito moral, al plano jurídico. Es decir, se debe analizar el caso del violinista para, consecuentemente, determinar qué categoría jurídico penal es la adecuada para que el sujeto A pueda desconectarse del violinista V, sin que su acción sea susceptible de ser perseguida en sede penal.
5. A esta interrogante, se ha dado como respuesta que la institución jurídico – penal en virtud de la cual es subsumible la referida desconexión es el estado de necesidad defensivo. A su vez, se ha propuesto a la teoría del involucramiento como aquella que mayor rendimiento justificante le otorga a esta causa de justificación, en el entendido que debe considerarse al cuerpo humano como un elemento generador de peligro susceptible de ser reconducido a la esfera de organización de un individuo, no requiriéndose así de necesidad de imputación alguna entre la generación del peligro y el sujeto que sufrirá la reacción defensiva. Por otro lado, se ha defendido que el estándar de ponderación propio del estado de necesidad defensivo es aquel en virtud del cual el mal causado puede ser mayor al evitado, pero no sustancialmente.
6. Deben rechazarse tajantemente aquellas críticas tendientes a adscribirle a la mujer embarazada el rol de garante del feto, así como también deben desecharse aquellas que sostienen que, por el hecho de haber mantenido una relación sexual consentida, la mujer debe hacerse cargo de un embarazo perjudicial para sus intereses jurídicamente relevantes.
7. En el ámbito nacional, múltiples interpretaciones existen acerca de la disposición contenida en el art. 10 N° 11 del Código Penal, que es aquella que ha suscitado la discusión acerca de qué norma de nuestro ordenamiento jurídico penal contiene la norma permisiva del estado de necesidad defensivo. Sin embargo, una correcta interpretación de esta norma conlleva a sostener que contiene únicamente una causa de exculpación, y no así la justificante objeto de este trabajo. Es por esto que, en nuestro sistema jurídico, la invocación de un estado de necesidad defensivo debe realizarse previa su construcción como causa de justificación supra-legal.

8. Si bien el sistema de indicaciones propuesto por Bascuñán permite dar cuenta de las situaciones en las cuales es común dar lugar a la discusión acerca de la posibilidad de realizar un aborto consentido, este resulta inocuo por cuanto malentendiendo el estándar de ponderación propio de un estado de necesidad defensivo. En efecto, el estándar de ponderación propugnado por Bascuñán se desentiende de la comprensión del estado de necesidad defensivo como justificante aplicable no sólo a situaciones abortivas, sino que de aplicación general.
9. Así, se aboga por el reconocimiento de la causa de justificación del estado de necesidad defensivo, definida por la teoría del involucramiento y el estándar de ponderación propuesto en este trabajo. Es esta justificante la que el sujeto A puede aducir para desconectarse de V sin que su comportamiento pueda calificarse de antijurídico, y, correlativamente, es esta norma permisiva la que permite a la mujer embarazada la realización de un aborto cuando la presencia del *nasciturus* en su útero lesione sus intereses jurídico penalmente relevantes, representativamente retratados en cada una de las indicaciones propuestas por Bascuñán.

## **Bibliografía**

- ACOSTA, JUAN DOMINGO. 2013. Artículo 10 N°s 7 y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación. En: Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago, Editorial Thomson Reuters. pp. 691-713.
- 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. José María Bosch Editor. 382 pp.
- BASCUÑÁN, ANTONIO. 2004a. La píldora del día después ante la jurisprudencia. *Estudios Públicos* (95):43-89.
- \_\_\_\_\_ . 2004b. La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno. *Revista Derecho y Humanidades* (10): pp. 143-181.
- CEREZO MIR, JOSÉ. 1985. Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el derecho penal español. En: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlín. Editorial Duncker & Humblot, pp. 441-456.
- CHRISTOPHER, RUSSELL. 1998. Self defense and objectivity: A reply to Judith Jarvis Thomson. *Buffalo Criminal Law Review* vol. 1 (2): 537-574.
- COCÁ VILA, IVO. 2011. Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo. [en línea]. InDret. Revista para el análisis del Derecho. Enero, 2011, N° 1/2011 <<http://www.indret.com/pdf/789.pdf>>
- DAN-COHEN, MEIR. 1992. Responsibility and the boundaries of the self. *Harvard Law Review* Vol. 105 (5): 959-1003.
- CORRAL, HERNÁN. 2005. El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100003&script=sci_arttext)>.

- CURY, ENRIQUE. 2013. El estado de necesidad en el Código Penal Chileno. En: 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 Universidad de Chile, pp. 249-266.
- FEINBERG, JOEL. 1992. Abortion. En: Freedom and Fulfillment. Philosophical Essays. Nueva Jersey. Princeton University Press, pp. 37-75.
- FIGUEROA, GONZALO. 2003. Estatuto jurídico del embrión ya implantado. En: FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI. Derecho, Bioética y genoma humano. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, pp. 41-53.
- GUZMÁN, JOSÉ LUIS. 2012. Aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social. Revista de Estudios de la Justicia (17): 17-51.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR. 2011. Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y Jurisprudencia. Santiago. AbeledoPerrot Legal Publishing, 739 pp.
- HRUSCHKA, JOACHIM. 2009. Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. 2° edición. Montevideo y Buenos Aires. BdeF, 283 pp.
- JAKOBS, GUNTHER. 1997. Apartado 12. La legítima defensa. En: Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. 2° edición. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, pp. 454-491.
- \_\_\_\_\_ . 1997. Apartado 13. El estado de necesidad justificante. En: Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. 2° edición. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, pp. 492-521.
- \_\_\_\_\_ . 1997. Apartado 29. El delito de omisión impropia. En: Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. 2° edición. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, pp. 950-1039.
- JESCHECK, HANS HEINRICH y WEIGEND, THOMAS. 2002. Tratado de derecho penal: parte general. 5° edición. Granada. Editorial Comares, 1066 pp.
- KINDHAÜSER, URS. 2002. Comisión por omisión. Código Penal. Comentario de doctrina y práctica [Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez], pp. 97-116.

- \_\_\_\_\_ . 2008. Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el derecho penal. En: Teorías de las normas y sistemática del delito. Lima. ARA editores. pp. 13-38.
- \_\_\_\_\_ . y POLAINO-ORTS, MIGUEL. 2011. Normativismo en Derecho Penal. Estudios de Dogmática jurídico – penal. Resistencia, Chaco, 356 pp.
- \_\_\_\_\_ . 2013a. Acerca de la génesis de la fórmula “El Derecho no necesita ceder ante el injusto” En: La antijuridicidad en el derecho penal. BdF. Montevideo y Buenos Aires, 2013, pp. 65-98.
- \_\_\_\_\_ . 2013b. ¿Qué es la imprudencia? En: 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, Universidad de Chile, pp. 217-228.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. 1996. Curso de Derecho Penal: Parte General. Madrid. Editorial Universitas.
- MAÑALICH, JUAN PABLO. 2011. Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. Revista Chilena de Derecho vol. 38 (2): 279-310.
- \_\_\_\_\_ . 2013a. El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N°11 del Código Penal chileno. En: Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago. Editorial Thomson Reuters, pp. 715-742.
- \_\_\_\_\_ . 2013b. Normas permisivas y deberes de tolerancia. En: La antijuridicidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Montevideo y Buenos Aires. BdeF. pp. 177-283.
- \_\_\_\_\_ . 2014. La permisibilidad del aborto como problema ontológico. Revista Derecho y Humanidades (23): 305-333.
- MAYER, LAURA. 2011. La vida del que está por nacer como objeto de protección legal. Revista de Derechos Fundamentales (5): 63-80.

- MIR PUIG, SANTIAGO. 2011. Derecho Penal. Parte General. 9° edición. Barcelona. Editorial Reppertor, 814 pp.
- NOZICK, ROBERT. 1988. Anarquía, Estado y Utopía. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica, 319 pp.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2002. Abortion Policies: A Global Overview. [en línea] <<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>>.
- \_\_\_\_\_ . 2007. World abortion policies 2007. [en línea] <<http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/abortion/worldAbortionPoliciesWallChart2007.pdf>>.
- ORREGO, CRISTÓBAL. 2009. El hombre (in)visible: por qué debemos abolir las leyes del aborto. Revista Derecho y Humanidades (15): 61-73.
- OSSANDÓN, MARÍA MAGDALENA. 2012. Aborto y justificación. Revista Chilena de Derecho vol. 39 (2): 325-369.
- PAWLIK, MICHAEL. 2013. El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad. HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ (trad.), Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 34, No. 96, enero – junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-29.
- POJMAN, LOUIS P. 2010. Abortion: A defense of the personhood argument. En: VAUGHN, LEWIS. Contemporary Moral Arguments. Readings in Ethical Issues. 2° edición. Nueva York. Oxford University Press, pp. 140-147.
- ROXIN, CLAUS. 1997. §14. Cuestiones fundamentales de la teoría del injusto. En: Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 2° edición. Madrid, Civitas, pp. 554-604.
- \_\_\_\_\_ . 1997. §15. La legítima defensa. En: Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 2° edición. Madrid, Civitas, pp. 605-667.
- \_\_\_\_\_ . 1997. §16. El estado de necesidad justificante y casos afines. En: Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 2° edición. Madrid, Civitas, pp. 668-733.

- \_\_\_\_\_ . 2007. Ingerencia e imputación objetiva. Revista Penal (19): 152-161.
- SILVA, GUILLERMO. 2013. Imputación y Causas de Justificación. Revista de Estudios de la Justicia (18): 25-58.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. 2007. Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae. [en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (9) < <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf> >.
- SPAEMANN, ROBERT. 1974. Al final del debate sobre el artículo 218 del Código Penal. En: Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar. Madrid. Ediciones Internacionales Universitarias. Pp. 339-346.
- \_\_\_\_\_ . 1988. Responsabilidad por los no nacidos. En: Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar. Madrid. Ediciones Internacionales Universitarias. Pp. 353-365.
- THOMSON, JUDITH JARVIS. 1974. Una defensa del aborto. En: Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral. 2º edición. Madrid. Ediciones Cátedra, pp. 9-32.
- \_\_\_\_\_ . 1991. Self defense. Philosophy & Public Affairs Vol. 20 (4) pp. 283-310.
- TOOLEY, MICHAEL. 1974. Aborto e infanticidio. En: Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral. 2º edición. Madrid. Ediciones Cátedra, pp. 69-107.
- \_\_\_\_\_ . 1983. Abortion and Infanticide, Nueva York, Oxford University Press, 441 pp.
- UNDURRAGA, VERÓNICA. 2013. Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución Chilena. Santiago. Thomson Reuters, 392 pp.
- VARGAS, TATIANA. 2013. ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11. En: Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago, Editorial Thomson Reuters, pp. 743-774.



- WILENMANN, JAVIER. 2013. El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Vol. 40 (1): 281-319.
- \_\_\_\_\_. 2014a. 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 (Valdivia) Vol. XXVII (1): 213-244.
- \_\_\_\_\_. 2014b. El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal. [en línea]. InDret. Revista para el análisis del Derecho. Julio, 2014, N° 3/2014 <<http://www.indret.com/pdf/10062.pdf>>.